Probleme der Kondiktion wegen mißbilligter Leistungsannahme und ihres Ausschlusses bei gleichfalls mißbilligter Leistungshingabe - § 817 BGB

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität Marburg/Lahn

vorgelegt von

Friedhelm Rost
Gerichtsreferendar aus Korbach/Waldeck

Marburg 1972

Fotodruck: Erich Mauersberger, Marburg

Probleme der Kondiktion wegen mißbilligter Leistungsannahme und ihres Ausschlusses bei gleichfalls mißbilligter Leistungshingabe - § 817 BGB

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität Marburg/Lahn

vorgelegt von

Friedhelm Rost

Gerichtsreferendar aus Korbach/Waldeck

Marburg 1972

Fotodruck: Erich Mauersberger, Marburg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 28. Juni 1972

Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Schwarz
Mitberichterstatter: Professor Dr. Bruns
Tag der mündlichen Prüfung: 14. Juli 1972

Inhaltsübersicht

	Seite
Einleitung	1
a) Übersicht und Aufgabe der Darstellung	1
b) Ausgangslage	3
A. Die Kondiktion wegen mißbilligter Leistungsannahme - § 817 S.1	
I. Bereicherungsrechtliche Grundlagen	4
1. § 817 S. 1 - eine Vorschrift des Bereicherungsrechts	4
2. § 817 S. 1 - ein Fall der Leistungskondiktion	5
a) Einteilung der Bereicherungsansprüche	5
b) Merkmal der Leistung	6
c) Übersicht über die Leistungskondiktionen	6
II. Rechtspolitischer Grundgedanke	7
a) Motive zum BGB	7
b) Strafgedanke	7
c) Bereicherungsrechtliche Lösung	8
d) Grundmerkmale der Leistungskondiktion	9
e) § 817 S. 1 als Leistungskondiktion	11
f) Zusammenfassung	12
III. Objektiver Tatbestand	13
IV. Subjektiver Tatbestand	14
1. Bedeutung des rechtspolitischen Grundgedankens	14
a) Zugrundelegung eines Strafgedankens	14
b) Zugrundelegung eines bereicherungsrechtlichen Gedankens	16
c) eigene Lösung: kein subjektiver Tatbestand	16
2. Einschränkungen	17

Seite

a) Subjektives Merkmal als Voraussetzung des Sittenverstoßes 18
b) § 819 Abs.2 - Anwendung nur bei Kenntnis des Empfängers? 20
aa) Frage des Verschuldens 21
bb) Bewußtsein des Verstoßes 22
cc) Verzicht auf ein subjektives Merkmal 22
dd) Zusammenfassung 23

V. Anwendungsbereich des § 817 S. 1 24

1. Übersicht 24
a) Gültigkeit des Grundgeschäftes 24
b) § 814 steht dem Anspruch aus § 817 S.1 nicht entgegen 25
c) Der spezielle Zuwendungszweck wird erreicht 25
d) Konkurrenzen 26

2. Anwendung bei Gültigkeit des Rechtsgeschäfts 27
a) Ausgangslage und Beispielfall 27
b) Lassen die Grundsätze der Leistungskondiktion eine Rückforderung trotz Gültigkeit des Grundgeschäftes zu? 28
c) "Musterfall": einfache Beamtenbestechung 30
d) Weitere Beispiele, insbesondere aus der Rechtsprechung des RG 31
e) Ergebnis 32

3. § 814 steht dem Anspruch aus § 817 S.1 nicht entgegen 33
a) Ausgangslage 33
b) Unterschiedliche Zwecksetzungen bei den einzelnen Leistungskondiktionen 33
c) Rechtsprechung des Reichsgerichts 34
d) Vergleich mit der condictio ob rem 35
e) Ergebnis 35

Seite

4. Verhältnis der condictio ob turpem rem zur condictio ob rem 36
a) der spezielle Zuwendungszweck wird erreicht 36
b) der erstrebte Erfolg tritt nicht ein 37
c) Zusammenfassung 38

Zwischenergebnis 39

B. Ausschluß der Rückforderung bei beiderseitigem Verstoß - § 817 S. 2 BGB

I. Rechtspolitischer Grundgedanke 41

1. a) Übersicht 41
b) Auswirkungen des rechtspolitischen Grundgedankens 41
2. Der Gedanke der Strafe 42
a) Übersicht über Lehre und Rechtsprechung 42
b) Kritik 44
3. Der Gedanke der Rechtsschutzversagung 48
a) Aussage dieses Gedankens 48
b) Rechtsprechung und Lehre 48
c) Kritik 49
4. Der Gedanke der Schuldkompensation 50
a) Heck 50
b) Kritik 51
5. Mischtheorien 53
a) Verbindung verschiedener Theorien 53
b) Treu und Glauben 54
6. Bereicherungsrechtlicher Lösungsversuch Essers 54
a) Darstellung 54
b) Kritik 55
7. Eigene bereicherungsrechtliche Begründung 56
a) Gewährung und Ausschluß der Leistungskondiktion, §§ 814, 815 56

Seite

b) Übertragung dieser Gedanken auf § 817 S. 2 58
c) Auswirkungen dieses rechtspolitischen Grundgedankens 59

II. Objektiver Tatbestand 60

a) Voraussetzungen 60
b) Einschränkungen 61

III. Subjektiver Tatbestand 61

1. a) Ausgangspunkt: rechtspolitischer Grundgedanke 61
b) der Strafgedanke: 61
c) in Lehre, 62
d) Rechtsprechung des Reichsgerichts 63
e) und Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 64

2. a) Der Gedanke der Rechtsschutzversagung 65
b) Rechtsprechung und Lehre hierzu 65

3. Der Gedanke der Schuldkompensation 66
4. Essers Kritik 66
5. Eigener Ausgangspunkt: "wertfreie Kenntnis" des Leistenden vom Verstoß 67
a) Moment der Kenntnis 67
b) Auswirkungen 67

IV. Anwendungsgebiet des Rückforderungsausschlusses im Bereicherungsrecht 71

1. a) Einführung 71
b) Herrschende Auffassung in Lehre und Rechtsprechung 71

2. a) Beispielfall 73
b) Lösung Leonhards 73
c) Herrschende Auffassung 74
d) Stellungnahme Hecks 75

3. Eigene Stellungnahme 77
a) Unterschiedliche Zuwendungszwecke 77

Seite

b) Eigene Lösung im Vergleich mit der herrschenden Auffassung 78
c) Eigene Lösung im Vergleich zu Heck 79
d) Kritik an der ungehinderten Zulassung der condictio indebiti, Lösung Leonhards 79
e) Ergebnis 81

C. Ausschluß der Rückforderung bei einseitigem Verstoß des Leistenden?

I. 1. a) Problemlage 82
b) ältere Rechtsprechung und Lehre 83
c) Herrschende Auffassung 84

2. Eigene Stellungnahme 86
a) Stellung im Gesetz 86
b) Wortlaut 87
c) "Meretrixglosse" (Heck) 88
d) Schlechterstellung des makelfreien Empfängers 90

3. Ergebnis 92

II. Das Wuchergeschäft 93

1. a) Rechtsgrundlage im BGB 93
b) Überblick 94

2. Geschichtliche Entwicklung 94
a) Gesetz vom 14.11.1867 94
b) Gesetz vom 24. 5.1880 95
c) Neuregelung durch das BGB, § 138 Abs.2 96
d) Ältere Lehre 96
e) Rechtsprechung des Reichsgerichts bis RGZ 151, 70 ff. 97
f) RGZ 161, 52 ff. 99
g) Heute herrschende Auffassung 101
h) Zusammenfassung 102

3. Kritik 104
a) "Richtige Mittellinie"? 104
b) rechtspolitische Bewertung 105
c) Argumentation des Reichsgerichts 105

Seite

aa) nach geltendem Recht der einzig mögliche Weg? 105
bb) Abschreckung des Wucherers? 105
cc) Sonderstellung des Darlehens 106
cc,1) nur vorübergehende Belassung des Kapitals 106
cc,2) Ausweitung auf beiderseits sittenwidriges Darlehen 107
cc,3) Ausweitung auf Austauschgeschäfte 108
cc,4) Keine Besserstellung gegenüber gültigem Darlehen 109
cc,5) Zusammenfassung 111
dd) ungerechtfertigte Bevorzugung des Bewucherten auch bei Rückgewähr nach Zeitablauf 111
ee) Aufrechterhaltung des Wuchergeschäfts zu angemessenem Zins 112

4. Eigene Lösung 113

aa) Worin besteht der Verstoß des Wucherers? 113
bb) Rückforderungsrecht des Wucherers 114
cc) Festhalten des Bewucherten am Geschäft und Wertersatz für Kapitalnutzung 115
dd) Zusammenfassung 116

D. Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber nichtbereicherungsrechtlichen Ansprüchen

I. Die Frage der Anspruchskonkurrenz der Leistungskondiktion mit anderen Ansprüchen 118

a) Keine Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs 118
b) Anwendung des § 817 S. 2 auf nichtbereicherungsrechtliche Ansprüche? 118
c) Analoge Anwendung des § 817 S. 2 unter Berücksichtigung des rechtspolitischen Grundgedankens? 119

Seite

II. Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber dem Anspruch des Eigentümers aus § 985 121
a) Herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Lehre 122
b) Verstärkte Kritik in jüngerer Zeit 122
c) Zwei unterschiedliche Ausgangslagen 124
1. Eine Übertragung des Eigentums sollte gar nicht stattfinden 124
(a) Ausgangsfall Bordellpacht 124
(b) Kein Verstoß durch Übereignung 125
(c) Herrschende Auffassung 125
(d) Abweichende Meinungen 126
(e) Eigene Stellungnahme 127
2. Die Übertragung des Eigentums scheitert an der Sittenwidrigkeit des Verfügungsgeschäfts oder einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot 129
(a) Übersicht 129
(b) Vorfragen 130
(1) Kann das Verfügungsgeschäft gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot mit der Konsequenz der Nichtigkeit verstoßen? 130
(2) Wann verstößt es so gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot, daß es nichtig ist? 130
zu (1) (a) Abstraktheit des Verfügungsgeschäftes 130
(b) sittliche Neutralität des Inhalts 131
(c) Rechtsprechung des Reichsgerichts 132
(d) Ergebnis 133
zu (2) Wann ist das Verfügungsgeschäft wegen Sittenwidrigkeit nichtig? 134
(a) Formel des Reichsgerichts 134
(b) Bewertung der Rechtsänderung nach den Interessen der Beteiligten 134
(aa) nur die Interessen gleichberechtigter Partner sind berührt 135
(bb) Die Sittenwidrigkeit richtet sich gegen den verfügenden Vertragsteil 137

Seite

(cc) Die Sittenwidrigkeit gefährdet Interessen dritter Personen 138

(dd) Die Sittenwidrigkeit gefährdet das Gemeininteresse 138

(c) Zusammenfassung zu(b),(1)und (2) 139

(d) Die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts ist nicht abhängig von der Schwere des Verstoßes 139

(e) Argumente gegen eine Ausweitung 140

(f) Ergebnis (zu S. 121 ff.) 141

III. Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung 142

1. a) Übersicht 142

b) Rechtsprechung und Lehre 143

c) Kritik 142

d) Auswirkungen des rechtspolitischen Grundgedankens 144

e) Umgehung des § 817 S. 2 ? 145

aa) Verhältnis des Bereicherungsanspruchs zum Schadensersatzanspruch 145

bb) Verknüpfung mit strafrechtlicher Problematik 146

cc) Strafrechtlicher Exkurs 146

dd) Zivilrechtlicher und strafrechtlicher Schadensbegriff 147

f) Lösung 148

aa) Mitverschulden des Geschädigten 148

bb) Rechtsprechung des Reichsgerichts 149

cc) Keine Umgehung des § 817 S.2 151

dd) Grundsätze für eine Anwendung des § 254

g) Ergebnis 153

E. Einschränkungsversuche hinsichtlich der Anwendung von § 817 S. 2

I. Einschränkung nach dem Schutzzweck des Verbotsgesetzes 154

Seite

1. Einleitung 154
2. a) Argumente für eine Einschränkung 155
b) Gegenargumente 157
c) Heutige Tendenz zu strengerer Auslegung 160
d) Eigene Stellungnahme 161
aa) Umstrittene Wirtschaftsgesetzgebung 161
bb) Falscher Ansatzpunkt der Kritik 162
cc) bei "gleicher Strafwürdigkeit" wird § 817 S.2 angewandt 163
dd) Kein Verstoß des Leistenden, dessen Schutz bezweckt werden soll 164
ee) Typische Schwarzmarktgeschäfte sollen von § 817 S.2 erfaßt werden 165
ff) "Soziologische" Betrachtung 165
e) Die Vorfrage des Gesetzesverstoßes 167
aa) Beispiele aus der BGH-Rechtsprechung 168
bb) Zusammenfassung 169

II. Schutzzweck des Verbotsgesetzes - Lösungsvorschlag von Fabricius 171

1. a) Übersicht über die Theorie Fabricius' 171
b) Teleologische Reduktion 172
2. a) Problem der Bestimmung des Schutzzweckes eines Gesetzes 173
b) Beispiel "typische Schwarzmarktgeschäfte" 174
c) Abgrenzungsschwierigkeiten 174
3. Gesetzeszweck: Sozialschutz des Leistenden 175
a) Verstoß des Leistenden gegen ein ihn schützendes Gesetz? 175
b) "Klassischer Sozialschutzfall" - Wuchergeschäft 176

Seite

c) arbeitsrechtliche Sozialschutzregelungen 177
d) Zusammenfassung 179

4. Ausnahme von Verbotsgesetzen, die den Schutz Dritter bezwecken? 180
a) gesellschaftsrechtliche Beispiele 180
b) Rückforderungsrecht bei verbotener Rückzahlung von Einlagen 181
c) Zwischenergebnis 182
d) Rückforderungsmöglichkeit wegen Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes 183
e) Schadensersatzansprüche des gefährdeten Dritten 184
f) Anfechtungsmöglichkeiten des gefährdeten Dritten 184

5. Ergebnis 185

III. Keine Anwendung des § 817 S. 2 bei nur einseitig vollzogener Leistung? 186

1. a) Lösungsvorschlag Bufes 186
b) Keine Anerkennung dieses Versuches 187

2. Kritik 187
a) Rückgriff auf das klassische römische Recht 187
b) Gedanken Bufes zum geltenden Recht; Vorleistungstheorie 190
c) Auswirkungen der Theorie Bufes 193

IV. Der Lösungsversuch Seilers 195

a) Der Lösungsvorschlag Seilers 195
b) Berufung auf das römische Recht 196
c) Anknüpfung an das römische Recht? 197
d) Unerwünschte Ergebnisse der Anwendung des § 817 S.2 nur bei schwerem Sittenverstoß 198
e) Ungehinderte Rückforderung bei Gesetzesverstoß? 200
f) Zusammenfassung 201

Seite

V. Exkurs: Die Bordellgeschäfte 201

1. Einleitung 201
   a) Sittenwidrigkeit des Bordellgeschäftes 202
   b) Typischer Ausgangsfall: Bordellkauf 203
   c) Kritik in der Lehre 205
   d) Folgerungen 206
   e) Entscheidend ist die Frage der Sittenwidrigkeit 206

2. Die strafrechtliche Behandlung des Bordells 207
   a) § 180 Abs. 2 StGB - Kuppelei durch Unterhaltung eines Bordells 207
   b) § 180 Abs. 3 StGB - erlaubte Wohnungsgewährung 208
      aa) Unbequemlichkeitszuschlag 209
      bb) Beispiele aus der Rechtsprechung des BGH 210
   c) "Doppelte Moral" bei der Behandlung des Bordellproblems 211
   d) Zusammenfassung 213

3. Die Behandlung des Bordellbetriebes im öffentlichen Recht 215
   a) Polizeirecht 215
   b) Steuerrecht 216

4. Sittenwidrigkeit des Bordellkaufs? 217
   a) Prüfung an Hand verschiedener Definitionen der Sittenwidrigkeit 217
   b) Kriterien für die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts im Zusammenhang mit einem Bordellbetrieb 219

5. Zusammenfassung 221
6. Der Dirnenvertrag 222

Seite

VI. Einziehung des aus verbots- oder sittenwidriger Leistung stammenden Vermögenszuwachses durch den Staat? 225

1. a) Kritik wegen Rückforderungsausschluß auch bei einseitiger Vorleistung 225
   b) Abschöpfung des ungerechtfertigten Gewinns durch Einziehung 227
   c) Geschichtliche Hintergründe 227
   d) Neuere Entwicklung 228

2. Einziehungsmöglichkeiten im geltenden Recht 229

   a) Strafgesetzbuch 230
   b) Wirtschaftsstrafgesetz 231
   c) Ordnungswidrigkeitenrecht 232
   d) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 232
   e) Devisengesetzgebung 233

3. Zusammenfassung 233

   a) Kein Bedürfnis nach einer allgemeinen Einziehungsvorschrift im Zivilrecht 233
   b) Vermeintliche Ungerechtigkeiten aus § 817 S.2 entfallen bei Anwendung der bestehenden öffentlich-rechtlichen Sanktionen 234

Ergebnis

   a) Am Bereicherungsrecht orientierte Auslegung des § 817 S.2 führt zu akzeptablen Ergebnissen 234
   b) Befriedigende Lösung der Sonderprobleme von Wucher-, Bordell- und Schwarzmarktgeschäften 238

Literaturverzeichnis

Achilles-Greiff	Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Aufl. Berlin 1958
Aktiengesetz	Großkommentar zum, begr. von Gadow, Bd. 1, 2. Aufl. Berlin 1961 Bd. 2, 3. Aufl. Berlin 1970
Bastian	Die Rückforderung von verbotswidrigen Leistungen, in JR 1950, 17 ff.
Baumann, Jürgen	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Bielefeld 1968
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. 1, 9. Aufl. München 1964
Baumbach-Hueck	Aktiengesetz, 13. Aufl. München 1968
Baumbach-Hueck	GmbH - Gesetz, 13. Aufl. München 1969
Baur, Fritz	Lehrbuch des Sachenrechts, 6. Aufl. München 1970
Becker, Ludwig	Die ausdehnende Anwendung des § 817 Satz 2 BGB, in NJW 1952, 53 f.
Becker, W.	Der "Unbequemlichkeitszuschlag", in FamRZ 1956, 8 ff.
Bockelmann	Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht, in Festschrift für Edmund Mezger, München u. Berlin 1954, 363 ff.
Böhle-Stamschräder	Konkursordnung, 9. Aufl. München 1969
Boehmer	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Erstes Buch: Das Bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950
Bohne, Gotthold	Kuppelei, in Festgabe für Reinhard v. Frank, Bd. II, Tübingen 1930, 440 ff.
Brandt, Hans	Eigentumserwerb und Austauschgeschäft - Der abstrakte dingliche Vertrag und das System des deutschen Umsatzrechts im Licht der Rechtswirklichkeit, Leipzig 1940

Brandt, Heinz	Die zivilrechtlichen Wirkungen von Schwarzmarktgeschäften, in MDR 1948, 165 ff u. 201 ff.
Brinz	Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2 2. Aufl. Erlangen 1879
Bruns, Hans-Jürgen	Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander? in Festschrift für Edmund Mezger, 335 ff., München u. Berlin 1954
Bruns, Rudolf	Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht, in JuS 1971, 221 ff.
Bufe	§ 817 Satz 2 BGB, in AcP 157 (1958/ 1959), 215 ff.
v.Caemmerer	Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, 333 ff., Tübingen 1954
ders.	Preisverstöße und § 817 S. 2 BGB, in SJZ 1950, Sp. 646 ff.
Cohn, L.	Die wuchergesetzlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in GruchBeitr. 41 (1897), 784 ff.
ders.	Kann der Wucherer die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung fordern? in DJZ 1904, 854 f.
Cramer	Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht, in JuS 1966, 472 ff.
Danzer	Das Bayerische Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis) vom Jahre 1756, München 1894
Dernburg	Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1: Die allgemeinen Lehren, 2. Aufl. Halle 1902
Drews-Wacke	Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. Berlin, Köln, München, Bonn 1961
Ebisch	Wirtschaftsstrafgesetz 1954 i.d.F.v. 21.12.1962, Frankfurt/M. 1963
Eccius	Kondiktion des Wucherers nach Bürgerlichem Gesetzbuche, in DJZ 1903, 41 f.
Eichler	Kann der Wucherer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche das dem Bereicherten Geleistete kondizieren? Diss.Leipzig 1908

Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband 14. Aufl. Tübingen 1952 2. Halbband 14. Aufl. Tübingen 1955
Erbs-Kohlhaas	Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. III, München, Stand April 1970
Erichsen	Zur Abwicklung nichtiger Verträge nach Aufhebung der Bewirtschaftung, in JR 1950, 654 f.
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 u. 2, 4. Aufl. Münster 1967
Esser	Schuldrecht, Allgemeiner u. Besonderer Teil, 2. Aufl. Karlsruhe 1960, 3. Aufl. Bd. 2: Besonderer Teil, Karlsruhe 1969
Fabricius	Einschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 BGB durch den Zweck des Verbotsgesetzes? in JZ 1963, 85 ff.
Fikentscher	Schuldrecht, 2. Aufl. Berlin 1969
Flume	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York 1965
Foth	Betrug und illegales Rechtsgeschäft - eine kritische Bestandsaufnahme, in GoltdA. 1966, 33 ff.
Frank, Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. Tübingen 1931
Friemann	Preisrecht und Vertrag, in ZAkDR 1942, 177 ff.
Geiger-Glück	Merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit mit beygefügten Urtheilen und Gutachten der Erlangischen Juristenfakultät, Bd. II, Erlangen 1794
Glück	Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, Bd. XIII, Erlangen 1811

Godin-Wilhelmi	Aktiengesetz, 3. Aufl. Berlin 1967
Göhler	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. München 1970
Graff	Kann der Wucherer das von ihm Geleistete zurückverlangen? in DJZ 1908, 1102 f.
Hackbarth	In pari turpitudine melior est conditio possidentis - Ein Vergleich zwischen dem angloamerikanischen und dem deutschen Recht (§ 817 Satz 2 BGB), Diss. jur. Hamburg 1967
Hammes	Das Problem des § 817 S. 2 BGB - Insbesondere die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB bei Rückforderung einer durch Verletzung der Preis- oder Bewirtschaftungsvorschriften bewirkten Leistung, in JR 1950, 11 ff.
Heck	Die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche, in AcP 124 (1925), 1 ff.
Heck	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
Hoff	Wann ist das Kapital eines nichtigen Wucherdarlehens rückforderbar? in AcP 156 (1957), 483 ff.
Jacoby, M.S.	Das Wuchergeschäft, in IherJb 60 (1912), 229 ff.
Jaeger, Ernst -Lent	Konkursordnung, 1. Bd. 8. Aufl. Berlin 1958
Kahn, Julius	Die Reichswuchergesetze vom 24.5.1880 u. 19.6.1893, Bamberg 1895
Kaser	Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht, in SavZ,RomA 60 (1940), 95 ff.
Kaufmann	Hat der Wucherer kein Rückforderungsrecht? in Recht 1918, 119
Koch, C.F.	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 6. Aufl. Berlin u. Leipzig 1879
ders.	Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preußischem Rechte, Bd. III, 2. Ausg. Berlin 1859

Kötter	Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, in AcP 153 (1954), 193 ff.
Kohlhaas	Ist das Prellen einer Dirne um den vereinbarten Lohn kein Betrug? in JR 1954, 97 ff.
Krause-Dünow	Das Rückforderungsrecht des Konkursverwalters bei "Schmiergeldverträgen" und anderen sittenwidrigen Verträgen des Gemeinschuldners und der Anspruch des Arbeitgebers auf "Schmiergelder" seines Arbeitnehmers, in JR 1960, 5 ff.
Krawielicki	Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1936
Kromer	Schwarzmarkt, Tausch- und Schleichhandel, Schloß Bleckede an der Elbe 1947
Krückmann	Unwürdigkeit, ArchBürgR. 40 (1914), 41 ff.
Larenz	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967
ders.	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2: Besonderer Teil, 9. Aufl. München 1968
ders.	Grundsätzliches zu § 138 BGB, in JJb 7 (1966/1967), 98 ff.
ders.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Berlin 1969
ders.	Vertrag und Unrecht, 2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, Hamburg 1937
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl. Berlin 1966
Leonhard, Franz	Das Schuldrecht des BGB, Bd. 2: Besonderes Schuldrecht des BGB, München u. Leipzig 1931
Leske	Zur Problematik des § 817 BGB, in DJZ 1936, 1158 ff.
ders.	§ 817 BGB - eine fremde und entbehrliche Vorschrift im künftigen Recht? in DR 1938, 240 ff.

Lesser	Einfluß der Bekanntmachung vom 18. Januar 1917 über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über wirtschaftliche Maßnahmen auf die Anwendung des § 817 S. 2 BGB, in JW 1917, 452 f.
Littmann	Das Einkommensteuerrecht, 9. Aufl. Stuttgart
Lobe	Etwas Neues über § 817 Satz 2. Vortrag, wiedergegeben in Recht 1934, 8 ff.
Lotmar	Der unmoralische Vertrag, Leipzig 1896
Lux	Das Rückforderungsrecht des Wucherers und die Nichtigkeitslehre, in LZ 1919, 561 ff.
Maurach	Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl. Karlsruhe 1969
Medicus	Bürgerliches Recht, 3. Aufl. 1970 Köln
Mittelbach	Zur Bemessung der Geldbuße bei Ordnungswidrigkeiten, in DÖV 1957, 251 ff.
Müller, Karl	Die Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB auf alle Bereicherungsansprüche, Diss. Aachen 1932
Motive	zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin u. Leipzig 1888
Neubecker	Die civilistische Stellung des Wucherers nach neuem Recht, in DJZ 1902, 568 ff.
ders.	Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen, ArchBürgR. 22 (1903), 34 ff.
Niederländer	Nemo turpitudinem suam allegans auditur. Ein rechtsvergleichender Versuch, in Festgabe für Max Gutzwiller, Basel 1959, 621 ff.
Obernolte	Ausschluß der Rückforderung einer gesetz- bzw. sittenwidrigen Leistung nach § 817 Satz 2 BGB und die Behandlung dieses Problems in der schweizerischen und österreichischen Gerichtspraxis, Diss. Göttingen 1955

Oertmann	Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt., 5. Aufl. Berlin 1929
Paetow	Zur Anwendung des § 817 S. 2 BGB bei Verstößen gegen die Preisvorschriften, in NJW 1947/1948, 296
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Aufl. München 1970
Pawlowski	Die Aufgabe des Richters bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral, in ARSP 1964, 503 ff.
ders.	Zum Umfang der Nichtigkeit bei Verstößen gegen "öffentlich-rechtliche" Verbotsgesetze (§§ 35, 210 AVAVG), in JZ 1966, 696 ff.
Petters-Preisendanz	Strafgesetzbuch, 26. Aufl. Berlin 1970
Pfersche	Die Bereicherungsklagen, Wien 1882
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II 2. Hälfte, 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1928
Rebmann-Roth-Hermann	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Köln, Stuttgart 1968
Reichel	Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, AcP 104 (1909), 1 ff.
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar hrs. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Bd. 1. Teil: Allgemeiner Teil, 11. Aufl. Berlin 1959, II. Bd. 2. Teil: Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 705, 853, 11. Aufl. Berlin 1960
Riezler	Berufung auf eigenes Unrecht, in IherJb 89 (1941), 177 ff.
Rosenthal	Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. Berlin, Köln, Bonn, München 1965
Rümelin	Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB, 1. Teil in AcP 97 (1905), 211 ff. 2. Teil in AcP 98 (1906), 169 ff.
Scheyhing	Leistungskondiktion und Bereicherung "in sonstiger Weise", in AcP 157 (1958/59), 371 ff.

Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 15. Aufl. 1970 München
Schütz, Walter	Preisstrafrecht, 2. Aufl. Berlin 1942
Schwarz, Fritz	Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht, Münster, Köln 1952
Seiler,Hans-Hermann	§ 817 S. 2 und das römische Recht, in Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Göttingen 1969, 379 ff.
Siber	Schuldrecht, Leipzig 1931
Simitis, Konstantin	Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960
Simonius	Zur Frage einer einheitlichen "causa condictionis", in Festschrift Hans Lewald, Basel 1953, 161 ff.
Söllner	Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, in AcP 163 (1964), 20 ff.
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 10. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969 Bd. 2: Schuldrecht I, 10. Aufl. 1967 Bd. 3: Schuldrecht II,10. Aufl. 1967
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1: Allgemeiner Teil, 11. Aufl. Berlin 1957, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 c, 10./11. Aufl. Berlin 1967, Bd. 2, 4. Teil Lfg. 3, §§ 780-822, 11. Aufl. Berlin 1960
Stegmaier	Die Anwendung des § 817 S. 2 BGB außerhalb der Norm des § 817 S. 1 (im Vergleich zu der Regelung im Schweizerischen Recht), Diss. Tübingen 1957
Strobl	Beitrag zur Problematik des § 817 S.2 BGB unter Berücksichtigung ausländischen Rechts, Diss. München 1956
v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 2. Hälfte, München u. Leipzig 1918

v. Tuhr	Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrag, in AcP 120 (1922), 1 ff.
v. Vangerow	Lehrbuch der Pandekten, Bd. III 7. Aufl. Marburg u. Leipzig 1876
Weber, Hansjörg	Der Rückübertragungsanspruch bei der nichtvalutierten Sicherungsgrundschuld, in AcP 169 (1969), 237 ff.
Welzel	Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. Berlin 1969
Westermann	Sachenrecht, 5. Aufl. Karlsruhe 1966
Wilburg	Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1934
Windscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt/M. 1906
Wolff-Raiser	Sachenrecht, 10. Bearb., Tübingen 1957
Wüst, Günther	Gesetzesentgleisungen bei der Preisbindung von Grundstücken, in JZ 1960 265 ff.
Zeiss, Walter	Der rechtliche Grund (§ 812 BGB) für Schuldanerkenntnisse und Sicherheitsleistungen, in AcP 164 (1964), 50 ff.
Zundel	Bericht aus Bonn in ZRP 1970, 207 f.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbG	Arbeitsgericht
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayrObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
BBG	Bundesbaugesetz vom 23.6.1960
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.I	Bundesgesetzblatt, Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz vom 8.1.1963
d.h.	das heißt
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht

EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892
Grdlg.	Grundlagen
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz in der Fassung vom 22.12.1969
HannRpfl.	Hannoversche Rechtspflege
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
IherJb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JJb	Juristenjahrbuch
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung vom 10.2.1877
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier - Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

Mot.	Motive
MRG	Militärregierungsgesetz
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o.g.	oben genannt
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr.	Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
PreisStrVO	Preisstrafrechtsverordnung
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGBl.I	Reichsgesetzblatt, Teil I
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	siehe
S.	Seite
SavZRomA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	Spalte
u.	und, unten
u.a.	unter anderem
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche

VO	Verordnung
VR	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
WarnRspr.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneyer
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz vom 9.7.1954
WM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

a) Kaum eine Vorschrift des Bereicherungsrechts hat seit Inkrafttreten des BGB Anlaß zu ähnlich heftigem Meinungsstreit gegeben wie § 817[1]. Insbesondere der Ausschluß der Rückforderung einer gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßenden Leistung gemäß § 817 S. 2 hat die unterschiedlichsten Stellungnahmen hervorgerufen von der Feststellung, daß es sich hierbei um eine verfehlte Bestimmung handele[2] bis hin zu der Überzeugung, daß die Norm gesund und notwendig sei[3] und ganz mit Absicht eine Quelle unerfreulicher Streitigkeiten verstopfe.[4]
Wenn es in der letzten Zeit um § 817 ruhiger geworden ist, so liegt das einmal daran, daß die derzeitige wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung eine Beschäftigung mit dieser Vorschrift nicht in der gleichen Weise herausfordert, wie es die Bordell- und Wucherfälle zu Zeiten des Reichsgerichts, die Schwarzhandelsgeschäfte in der unmittelbaren Nachkriegszeit taten.[5] Zum anderen mag aber auch gerade hinsichtlich § 817 S. 2 eine gewisse Resignation eingetreten sein angesichts der Tatsache, daß - mit Esser zu sprechen - die jahrzehntelange Normanwendung und -würdigung Einigkeit lediglich darüber gebracht hat, daß § 817 S. 2 in seiner jetzigen Gestalt verfehlt ist.[6]
Anliegen der Arbeit kann es denn auch nicht sein, eine allgemein befriedigende Lösung zu finden. Viel-

---

1) Paragraphen ohne besonderen Zusatz sind solche des BGB
2) Lent, Anm. zu BGH JZ 1956, 492 ff. (494)
3) v.Caemmerer, SJZ 1950, 646 ff. (649)
4) BGHZ 8, 348 ff. (373)
5) vgl. Raiser, Anm. zu BGH JZ 1951, 716 f. (719)
6) Esser, 2. Aufl., § 194, 1

mehr soll sie dazu beitragen, den Standort des § 817 im Bereicherungsrecht und darüberhinaus im Zivilrecht überhaupt zu bestimmen.
Dabei wird das Hauptgewicht auf § 817 S. 2 liegen. Viele der vorliegenden Äußerungen kranken an einer isolierten Betrachtung der Ausschlußklausel. Die Vernachlässigung der bereicherungsrechtlichen Grundlage der Vorschrift verführt aber zu einer weder zulässigen noch zu wünschenswerten Ergebnissen führenden weiten Auslegung, deren Konsequenz in der Forderung nach ihrer Übernahme in den Allgemeinen Teil des BGB liegt.[1] Die Anknüpfung an § 817 S. 1 und an die Grundlagen des Bereicherungsrechts kann eine solche unzulässige Ausweitung verhindern.
Ziel der Arbeit soll es gleichfalls sein, zu zeigen, daß der tiefere Grund für einige Probleme im Zusammenhang mit § 817 nicht so sehr in seiner verunglückten oder überholten Fassung liegt, sondern bereits in der als Vorfrage entscheidenden Feststellung des Gesetzes- oder Sittenverstoßes. Es scheint, daß manche Lösungsversuche als Fehlerkompensationen zu verstehen sind insoweit, als sich Fehler der vorschnellen Wertung eines Rechtsgeschäftes als gesetzes- oder sittenwidrig auf das Bereicherungsrecht verlagern und bei der Frage der Rückabwicklung relevant werden.
Eine erneute Auseinandersetzung wurde schließlich gefördert durch einige Anregungen aus jüngerer Zeit, die nicht übergangen werden sollen.[2]

---

1) vgl. etwa Strobl, Diss., 63, wonach die Ausschlußklausel ihren Platz wohl besser im Allgemeinen Teil des BGB oder im Verfahrensrecht gefunden haben würde; ähnlich Hans Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, 128, nach dem die Einstellung eines solchen Gedankens in das Bereicherungsrecht offensichtlich verfehlt ist.
2) Bufe, AcP 157, 215 ff.; Fabricius, JZ 1963, 85 ff.; Seiler, Festschrift f. Felgentraeger, 1969, 379 ff.

b) Zunächst sei die Ausgangslage gekennzeichnet. Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten durch Annahme oder Hingabe einer Leistung ist in dreierlei Weise denkbar:

aa) Der E m p f ä n g e r verstößt durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten - § 817 S. 1 (turpitudo solius accipientis).

bb) Der Verstoß liegt sowohl auf Seiten des E m p f ä n g e r s als auch auf Seiten des L e i s t e n d e n - § 817 S. 2 (turpitudo utriusque).

cc) Nur der L e i s t e n d e verstößt durch die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten - im Gesetz nicht geregelt (turpitudo solius dantis).

Von diesen drei Grundfällen sollen die weiteren Erörterungen ausgehen.

A. Die Kondiktion wegen mißbilligter Leistungsannahme - § 817 S. 1

I. Bereicherungsrechtliche Grundlagen

a) Bei Sichtung der Literatur und Rechtsprechung zu § 817 S. 1 kann man Zweifel daran haben, ob man sich überhaupt noch auf dem Gebiet des Bereicherungsrechts befindet. Daher soll eines mit Nachdruck klargestellt werden: Wir müssen davon ausgehen, daß es sich nach Wortlaut, Stellung im Gesetz, historischer Herkunft bei § 817 S. 1 um eine b e r e i c h e r u n g s r e c h t l i c h e Vorschrift handelt.
Jeder Lösungsversuch muß auf dieser Tatsache aufbauen, will er nicht Gefahr laufen, zu einer uferlosen Ausdehnung insbesondere des § 817 S. 2 zu gelangen, der sich an § 817 S. 1 anschließt.
Wie weit diese unterschwellige Ausweitung und Ablösung schon des § 817 S. 1 von seiner bereicherungsrechtlichen Grundlage fortgeschritten ist, zeigt sich darin, wenn von berufener Seite ausdrücklich betont wird, es handele sich bei dem Anspruch aus § 817 S. 1 seinem Wesen nach um eine e c h t e Leistungskondiktion.[1] Man glaubt sogar darauf hinweisen zu müssen, die h. M. verlange mit Recht auch die sonstigen (äußeren) Vorbedingungen eines Bereicherungsanspruchs, obwohl der Gesetzestext das offen lasse. Da aber die Vorschrift in das Bereicherungsrecht hineingestellt sei, müsse sie auch dessen besonderer Aufgabe dienen, einen gerechten Ausgleich unter den Beteiligten zu schaffen.[2]

---

1) Esser, 2.Aufl.,§ 193,1; in der 3.Aufl., § 103 III vor 1, läßt er die Feststellung genügen, daß auch diese Bestimmung eine technische Rückabwicklungsregel darstelle,die sich hierin von den übrigen Arten der Leistungskondiktion nicht unterscheide.

2) Erman-Seiler, § 817,1 a - Es drängt sich angesichts des mitschwingenden Bedauerns ob dieser Tatsache die Ergänzung auf: Da sie "nun schon einmal" in das Bereicherungsrecht hineingestellt worden ist.

Die vorbehaltlose Anerkennung der bereicherungsrechtlichen Grundlage des § 817 S. 1 erlaubt und verlangt aber auch die Heranziehung der für das Bereicherungsrecht im allgemeinen und die Kondiktionstatbestände im besonderen entwickelten Grundsätze. Das wird Auswirkungen zeigen bei der Frage nach dem rechtspolitischen Grundgedanken der Vorschrift und bei der Abgrenzung gegenüber anderen Bereicherungsansprüchen und anderen Rückforderungsansprüchen.[1)]

Wir wollen daher bei unseren folgenden Betrachtungen der b e r e i c h e r u n g s r e c h t l i c h e n Grundlage des § 817 besondere Beachtung schenken.

2. § 817 S.1 - ein Fall der Leistungskondiktion

a) Bemühte man sich zunächst, alle Bereicherungsansprüche auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen[2)], so hat sich heute weitgehend eine Unterscheidung der Kondiktionstatbestände in die Fälle der Leistungskondiktion einerseits und die Fälle der Bereicherung in sonstiger Weise andererseits durchgesetzt, als deren wichtigste Gruppe die der Eingriffskondiktion zu nennen ist[3)].

---

1) Dieses Problem nimmt einen noch größeren Raum ein im Rahmen des § 817 S. 2

2) Ein Eingehen auf die einzelnen Theorien erscheint im Rahmen dieser Arbeit weder möglich noch erforderlich.Eine Übersicht findet sich für die ältere Literatur etwa bei Krawielicki,Grundlagen des Bereicherungsrechts S.2; vgl.weiter Planck-Landois, Vorbem.2a vor § 812; v.Caemmerer,Festschrift f. Rabel I,333 ff.(337);Kötter, AcP 153,193 ff.(193, 194);Soergel-Mühl, vor § 812,2 mit einem umfassenden Überblick.

3) vgl. schon Leonhard,Bes.Schuldr., 451 ff.(etwa 454,512); Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 22 ff.; v.Caemmerer,Festschrift f. Rabel I, 333 ff. (etwa 337 ff.); Kötter, AcP 153, 193 ff.(194); Scheyhing, AcP 157, 371 ff.(372 f.); Esser, 2.Aufl., § 189,1(3.Aufl., § 100 I 1b u.II); Medicus, § 26 II 1 - 3; Soergel-Mühl, vor § 812, 2

Von dieser Unterscheidung soll auch bei der weiteren Einordnung des § 817 S. 1 ausgegangen werden.

b) § 817 S. 1 läßt die Herausgabe des Erlangten in den Fällen zu, in denen der Zweck einer Leistung in der Weise bestimmt war, daß der Empfänger der L e i s t u n g durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Tatbestandsmerkmal ist also eine L e i s t u n g , d.h. nach der gängigen Definition die "bewußte zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens"[1].
Es handelt sich demnach bei der Kondiktion des § 817 S. 1 um einen Fall der L e i s t u n g s k o n d i k t i o n [2].

c) Man unterscheidet dementsprechend folgende Grundtatbestände der Leistungskondiktion, wobei man sich zum Teil der klassischen römischrechtlichen, zum Teil der gemeinrechtlichen Terminologie bedient:[3]

aa) condictio indebiti, § 812 Abs.1 S.1 Fall 1: bei Leistung zur Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit,

bb) condictio ob causam finitam, § 812 Abs.1 S.2 Fall 1: der Rechtsgrund fehlt zwar nicht bei Leistung, fällt aber nachträglich weg,

cc) condictio ob rem, § 812 Abs.1 S.2 Fall 2: Leistung wegen eines bestimmten Erfolges, der zumindest nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit liegt, und Nichteintritt dieses Erfolges[4],

---

1) vgl. Esser, 2.Aufl., § 189,6 (3.Aufl.,§ 101 I 2); Medicus, § 27 I 1; Soergel-Mühl, § 812,4; Kötter, AcP 153, 195 f.
2) Esser, 2.Aufl., § 193,1 (3.Aufl.,§ 103 III vor 1); Medicus, § 27 III 4 a vor aa; Soergel-Mühl, § 817,1; Erman-Seiler, § 817, 1a
3) Esser, 2.Aufl., §§ 191-194 (3.Aufl., § 103); Medicus, § 27 III
4) Diese Definition mag zunächst genügen, vgl. Medicus, § 27 III 3 vor a

dd) die hier in Frage stehende condictio ob turpem rem, § 817 S. 1:
Zurückforderung der Leistung wegen mißbilligter Leistungsannahme.

ee) Als weitere Leistungskondiktion wird darüberhinaus teilweise die condictio sine causa genannt, deren Anwendungsgebiet umstritten ist. Man rechnet ihr etwa die Fälle zu, in denen das Grundgeschäft nichtig oder aus einem sonstigen Grunde unwirksam ist.[1)]

Wie diese Definition schon zeigt, besteht ein echtes Bedürfnis nach Anerkennung einer condictio sine causa nicht. Die ihr zugerechneten Fälle lassen sich mit Hilfe der anderen Leistungskondiktionen lösen. Sie ist daher als ein historisches Verlegenheitsprodukt abzulehnen.[2)]

Die zu diesen Einzeltatbeständen entwickelten Grundsätze sind für die Auslegung auch des § 817 S. 1 heranzuziehen.

II. Rechtspolitischer Grundgedanke

a)"Als Grund der Restitutionspflicht erscheint einzig und allein der auf Seiten des Empfängers in der Annahme liegende Verstoß und die darin sich offenbarende Auflehnung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung" und: " (Vielmehr) soll die in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers getroffen werden"[3)].

b) Diese Ausführungen in den Motiven zum Entwurf des

---

1) So Soergel-Mühl, § 812, 95, 119; vgl.auch Esser, 2. Aufl., § 191, 1 zu a (3. Aufl., § 103 I 1)
2) Medicus, § 27 III 5; ihm zum Teil folgend jetzt Esser, 3. Aufl., § 103 I 1; auch Soergel-Mühl, § 812, 95 räumt ein, daß teilweise Überschneidungen mit der condictio indebiti vorliegen.
3) Mot. II, S. 849

Bürgerlichen Gesetzbuches wurden zum Anlaß genommen, § 817 S. 1 als eine Strafbestimmung zu interpretieren[1].

Die Verpflichtung zur Herausgabe solle dem Empfänger als S t r a f e auferlegt sein, man wolle ihm wegen seiner verwerflichen Gesinnung das Erlangte "entreißen"[2]. Ein anderer Zweck sei weder historisch bezeugt noch "im Grunde erfindlich"[3].

Es ist einleuchtend, daß eine derartige Argumentation eine über den Rahmen bloßer rechtstheoretischer Erörterungen hinausgehende Ausstrahlung haben muß.

Wer in § 817 S. 1 eine Bestrafung des Empfängers sieht, muß konsequenterweise Verschulden - in welcher Form auch immer - voraussetzen[4]. Wer § 817 S. 1 als Strafe begreift, gewährt damit dem Anspruch eine Sonderstellung gegenüber den anderen Leistungskondiktionen, die insbesondere im Zusammenhang mit § 817 S. 2 nicht ohne weitreichende Folgen bleiben kann.

Der Strafgedanke, ein dem Zivilrecht an sich wesensfremder Rechtsgedanke[5], birgt eine fragwürdige Ausweitung auf andere als Bereicherungsansprüche in sich.

c) Es haben sich daher in neuerer Zeit Stimmen gefunden, die einen anderen Zweck als den der Strafe

---

1) Heck, AcP 124,18; Planck-Landois, § 817,1a; Müller, Diss.S.16: § 812 dient dem Vermögensschutz, weil ein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung nicht vorliegt, § 817 verfolgt einen Strafzweck; Erman-Seiler, § 817,1a; Achilles-Greiff-Brüggemann, § 817, 2 d

2) Planck-Landois, § 817, 1a

3) Heck, a.a.O., 19

4) vgl.Heck, a.a.O.,17, Fußn.36: Der Strafzweck muß für die Auslegung maßgebend sein, einschränkend hinsichtlich des subjektiven Tatbestands,.... Soergel-Mühl, § 817, 4 - Die Frage ist von Bedeutung dafür, welche Anforderungen in subjektiver Hinsicht an den Empfänger zu stellen sind, denn Strafe würde Vorwerfbarkeit voraussetzen.

5) s.auch u. S. 45 m. Anm. 1 u. 4

n i c h t für unerfindlich halten.
So wird der "einfache Gedanke", daß man trotz Vorliegens eines Rechtsgrundes nicht solle behalten dürfen, was man nicht hätte annehmen dürfen, genannt[1], ohne daß jedoch eine nähere Begründung dafür gegeben wird, warum man nicht soll behalten dürfen.
Es wird weiter auf unhaltbare Folgen des Strafgedankens verwiesen, der dem Zivilrecht wesensfremd sei, und darauf, daß man unter dem Blickwinkel der Strafe des Empfängers die Unrechtmäßigkeit der Annahme und damit des B e h a l t e n s der Leistung aus den Augen verliere.[2]

d) Wir hatten dargelegt, daß § 817 S. 1 einen Bereicherungsanspruch darstellt, und zwar einen Fall der Leistungskondiktion[3]. Es liegt daher nahe, die insoweit zu der Frage des rechtspolitischen Grundes entwickelten Gedanken auch hier heranzuziehen.

Ausgehend von der Definition der Leistung als zweckgerichtete Zuwendung, d.h. zweckgerichtete bewußte Mehrung fremden Vermögens[4], läßt sich als gemeinsames Grundmerkmal aller Leistungskondiktionen herausstellen, daß sie ihr Anwendungsgebiet dort haben, wo die Parteien in einem Leistungsverhältnis mit ihrer Vermögensverfügung einen bestimmten Zweck verfolgen. Sprachlich wird das bei der Fassung des § 812 besonders im Falle des Abs. 1 S.2 2.Alt., der condictio ob rem, zum Ausdruck gebracht, wo auf den nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckten Erfolg abgestellt wird.

---

1) Larenz II,§ 63 III a, ihm zustimmend Enneccerus-Lehmann, § 226,2b a.E. u. Staudinger-Seufert, § 817, 6
2) Esser, 2.Aufl., § 193,1; vgl.auch Fikentscher, § 99 III 4 a, der auf das Wesen des § 817 S.1 als Sonderfall der materiellen Leistungskondiktion abstellt.
3) s.o.S.6
4) s.o.S.6

Es ist aber nicht nur für die condictio ob rem, sondern für alle Leistungskondiktionen anerkannt:

Entscheidendes Kriterium für die Frage, ob ein erlangter Vermögensvorteil behalten werden darf oder ob er als ungerechtfertigte Bereicherung herausgegeben werden muß, ist der mit der Leistung von den Parteien verfolgte Zweck[1].

Wird der bezweckte Erfolg, also etwa die Erfüllung einer Verbindlichkeit, erreicht, liegt ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen vor; eine Rückforderung entfällt. Wird er verfehlt, - die Verbindlichkeit bestand z.B. gar nicht, also konnte auch der Zweck "Erfüllung" nicht eintreten -, mangelt es an einem Grund für das Behaltendürfen.

Der Vermögensvorteil kann als ungerechtfertigt zurückgefordert werden.

Das ist das allen Leistungskondiktionen zugrundeliegende Prinzip[2].

So wird mit der condictio indebiti das zur Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete zurückgefordert, wenn der Erfolg - Erfüllung der Verbindlichkeit - nicht eintritt, oder mit der condictio ob causam finitam, wenn er zwar eingetreten, aber nachträglich wieder weggefallen ist.

Entsprechend kann mit der condictio ob rem zurückgefordert werden, wenn "der nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg", der zumindest nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen kann, da ja sonst die condictio indebiti eingreifen würde[3], nicht eintritt.[4]

---

1) vgl.etwa Esser,2.Aufl.,§ 189,2 u.3 (3.Aufl., § 101 II; Medicus, § 27 I; Schwarz, condictio, 224 ff.(225); Zeiss, AcP 164, 54

2) vgl.Esser, a.a.O.; Medicus, a.a.O.; Schwarz, a.a.O.; Zeiss, a.a.O.

3) Medicus,§ 27 III 3 vor a; - richtiger Ansicht nach dürfte sich die condictio ob rem beschränken auf die Fälle,in denen die Leistung ein bestimmtes Verhalten des Empfängers bezweckte, das rechtlich nicht erzwingbar war,vgl.Söllner, AcP 163,20 ff.(29,33 ff.);Esser,3.Aufl.,§ 103 II 1; zum historischen Hintergrund Schwarz, condictio, 117 ff.; Söllner, a.a.O.

4) Anschaulich bei Esser, 2.Aufl., § 189,3

Diese Fälle der Leistungskondiktion, condictio indebiti, condictio ob rem, condictio ob causam finitam, lassen sich also zwanglos und zufriedenstellend mit dem oben dargelegten Grundgedanken der Leistungskondiktion erklären.

e) Es verwundert daher, wenn bei der hier in Frage stehenden Kondiktion des § 817 S. 1, der condictio ob turpem rem, ohne weiteres auf den Gedanken der Strafe zurückgegriffen wird und andere Gründe schlechterdings als nicht erfindlich angesehen werden[1].

Auch in diesem Fall erfolgt die Leistung zu einem bestimmten Zweck: der Erpreßte leistet z.B. an den Erpresser, damit dieser angedrohte Enthüllungen unterläßt. Es ist auch durchaus denkbar, daß der Zweck, zu dem geleistet wird, sich erfüllt - der Erpresser unterläßt also nach Empfang des Geldes die angedrohten Enthüllungen.

Nach dem bisher verfolgten Schema:

Zweckerreichung - Ausschluß der Rückforderung
Zweckverfehlung - Zulassung der Rückforderung

erscheint allerdings eine Einordnung der condictio ob turpem rem nicht möglich, da die Rückforderung anscheinend gerade auch bei Zweckerreichung zugelassen wird[2].

Insoweit bedarf die "Leistung - Zweck"-Relation einer Richtigstellung. Sie ergibt sich aus der Bestimmung des bereicherungsrechtlich relevanten Zweckes.

Die Beteiligten sind zwar grundsätzlich frei in der Zweckbestimmung. Diese Freiheit muß aber die im Privatrecht allgemeingültigen Schranken der

---

1) Heck, AcP 124, S. 19
2) Esser, 2. Aufl., § 189, 5 (3. Aufl., § 101 II 4) spricht von Zweckerfüllung, die infolge ihrer Mißbilligung nicht anerkannt wird.

"guten Sitten" und des "gesetzlichen Verbots" respektieren, wie sie in §§ 134, 138 niedergelegt sind. Verstößt die Zwecksetzung der Leistung, und zwar für den Empfänger, gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten, wird sie von der Rechtsordnung nicht anerkannt.
Das also ist der einfache Gedanke, daß man nicht behalten soll, was man nicht hätte annehmen dürfen[1]: es fehlt an einer für das Behaltendürfen gültigen Zwecksetzung.
Bei dieser Auslegung nimmt § 817 S. 1 unter den Leistungskondiktionen keine Sonderstellung ein. Es trifft nicht zu, wenn behauptet wird, im Falle des § 817 S. 1 müsse das Erlangte ausnahmsweise trotz "Zweckerfüllung" zurückgegeben werden[2], vielmehr liegt eine bereicherungsrechtlich relevante Zweckerfüllung überhaupt nicht vor.

f) Zusammenfassend läßt sich daher festhalten:

Ein Strafzweck des § 817 S. 1 ist nicht nachweisbar. Der Hinweis auf eine Strafe in den Motiven[3] kann die Rechtsanwendung nicht in dem Sinne festlegen, daß man der Norm des § 817 S. 1 einen dem Bereicherungsrecht fremden Gedanken unterlegen müßte.
Gesetzesmaterialien können einen Hinweis für die Auslegung des Gesetzes geben, wenn die in ihnen enthaltenen Gedanken im Gesetz in irgendeiner Weise zum Ausdruck gekommen sind[4]. Man muß sehr daran zweifeln, daß sich der Wortfassung des § 817 S. 1 der in den Motiven enthaltene Gedanke, die verwerfliche Gesinnung zu treffen, entnehmen läßt. Die Aussage allein, daß bei Gesetzes- oder Sittenverstoß der Empfänger zur Herausgabe des Empfangenen

---

1) Larenz II, § 63 III a
2) Esser, 2. Aufl., § 189,5 (3.Aufl., § 101 II 4)
3) Mot. II, 849, s.o.S.7
4) Enneccerus-Nipperdey, § 55, I, 1

verpflichtet ist, läßt eine solche Deutung nicht ohne weiteres zu.
Aber selbst wenn man diese Voraussetzung als gegeben ansehen würde, findet eine Berufung auf die Gesetzesmaterialien dort ihre Grenzen, wo "ganz überwiegende Gründe des Wortlauts, des Zusammenhangs mit dem übrigen Gesetzesinhalt, der Zweckmäßigkeit, Billigkeit oder Folgerichtigkeit es widerraten"[1].
Solche Gründe liegen hier vor. Nach Wortlaut und Zusammenhang mit dem übrigen Gesetzesinhalt handelt es sich bei § 817 S. 1 um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch. Demnach ist vorrangig auf die für bereicherungsrechtliche Ansprüche entwickelten Gedanken abzustellen. Sie führen hinsichtlich des rechtspolitischen Grundgedankens zu einer vernünftigen Erklärung. Eines Rückgriffs auf den systemfremden Strafgedanken bedarf es nicht.

III. Objektiver Tatbestand

Da es sich um einen Fall der Leistungskondiktion handelt, müssen auch die objektiven Voraussetzungen einer solchen Kondiktion gegeben sein[2]. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß diese Tatsache so selbstverständlich sein sollte, daß sie einer ausdrücklichen Hervorhebung nicht bedarf[3].
Zwischen den Beteiligten muß also eine Leistung erfolgt sein, d.h. eine zweckgerichtete Mehrung des Empfängervermögens durch den Leistenden.[4] Der

---

1) Enneccerus-Nipperdey, § 55 I 2; vgl.auch Esser, 2.Aufl., § 193,1 (Abs. 3), wonach Motive und historische Entwicklung einer systemgerechteren Auslegung nicht im Wege stehen können.
2) Unbestritten: Esser, 2.Aufl., § 193,3 (3.Aufl., § 103 III 3); Enneccerus-Lehmann, § 226,1 vor a; Medicus, § 27 III 4 a; Erman-Seiler, § 817, 1a
3) s.o.S.4
4) s.o.S.6

Zweck dieser Leistung muß in der Weise bestimmt gewesen sein, daß der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat.
Die Begriffe "gute Sitten" und "gesetzliches Verbot" sind inhaltsgleich mit den in §§ 134, 138 verwandten Begriffen. Insoweit muß auf die Erörterungen zu diesen Bestimmungen verwiesen werden.[1)]

IV. Subjektiver Tatbestand

1. Umstrittener ist hingegen die Frage, ob neben dem objektiven Tatbestand einer Leistung, durch deren Annahme ein Gesetzes- oder Sittenverstoß erfolgt, auch ein subjektiver Tatbestand gegeben sein muß. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß die Beantwortung dieser Frage wesentlich von dem rechtspolitischen Grundgedanken abhängt, den man § 817 S. 1 unterlegt.[2)]

a) Wer also § 817 S. 1 als Strafvorschrift begreift, muß Verschulden des Empfängers in irgendeiner Form voraussetzen, denn eine Strafe ohne einen entsprechenden subjektiven Tatbestand ist schwerlich vorstellbar.
Folgerichtig verlangen die Vertreter dieser Lehre ein entsprechendes subjektives Merkmal, wobei die Bandbreite der verschiedenen "Verschuldensgrade", die als erforderlich beziehungsweise ausreichend angesehen werden, ein beachtliches Ausmaß erreicht.

Es wird etwa verlangt, daß der Handelnde die Tatumstände kennt, die sein Verhalten verbotswidrig machen, sich der Verbotswidrigkeit bewußt ist[3)]. Einschränkend stellt man nicht auf das Bewußtsein

---

1) Esser, 2. Aufl., § 193,3 Abs.1 (3. Aufl., § 103 III 3)
2) s.o.S. 8
3) Erman-Seiler, § 817, 1 c

ab, eine bestimmte Norm verletzt zu haben, sondern läßt das Wissen des Empfängers genügen, gegen ein bestehendes gesetzliches Verbot verstoßen zu haben, das ihm im allgemeinen bekannt ist.[1)]
Für den Fall des Verstoßes gegen die guten Sitten wird neben Kenntnis der Tatumstände, die das Geschäft zu einem sittenwidrigen machen, auch das Bewußtsein verlangt, unsittlich zu handeln[2)]. Man spricht davon, daß der Geber schuldlos, der Empfänger schuldhaft handeln müsse[3)], läßt für Verbotsverletzungen grobe Fahrlässigkeit genügen[4)] oder stellt allgemein auf eine verwerfliche Verbotsverletzung ab.[5)]
Ähnliche Formulierungen finden sich auch in der Rechtsprechung insbesondere des Reichsgerichts. Zwar ging das Reichsgericht in einer seiner frühen Entscheidungen noch davon aus, daß zumindest bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ein subjektives Verschulden nicht vorauszusetzen sei[6)]. Spätere Entscheidungen jedoch verlangen, offensichtlich unter dem immer stärker werdenden Einfluß des Strafgedankens[7)], einen besonderen subjektiven Tatbestand in dem oben dargelegten Sinne.

---

1) RGRK-Scheffler, § 817,11 - es bleibt unklar, was mit dieser Formel gemeint ist.Möglicherweise ist dabei an die Fälle grobfahrlässiger Verstöße zu denken bei allgemeiner Bekanntheit eines gesetzlichen Verbotes.
2) Erman-Seiler, § 817, 1c; RGRK-Scheffler, § 817, 15; Palandt-Thomas, § 817, 2 B
3) Leonhard, Bes.Schuldr. § 261 (497)
4) Erman-Seiler, § 817, 1c unter Verweis auf OLG Kiel, JW 1923, 1047, wo jedoch ein Fall des § 817 S. 2 entschieden wurde.
5) Erman-Seiler, § 817, 2 a, 1 c
6) RGZ 72, 46 ff.(49), sowohl für § 817 S.1 als auch für § 817 S. 2. Das RG stellt u.a. klar, daß der Wortlaut des § 817 in keiner Weise zum Ausdruck bringe, daß eine verwerfliche Gesinnung oder auch nur ein subjektives Verschulden überhaupt bei dem Verstoße gegen ein gesetzliches Verbot vorausgesetzt sei.
7) Darauf weist hin Soergel-Mühl, § 817, 14 u. 4

Es soll danach nicht genügen, wenn sich der Empfänger Tatumständen bewußt war, die seine Handlungsweise objektiv zu einer unsittlichen machten, sondern er muß das Bewußtsein gehabt haben, unsittlich zu handeln.[1)]

b) Anders die Vertreter der Gegenmeinung, die die Grundlage der condictio ob turpem rem nicht in einer Bestrafung des Empfängers, sondern in dem "einfachen Gedanken" sehen, daß man nicht soll behalten dürfen, was man nicht hätte annehmen dürfen[2)]. Sie brauchen nicht auf einen subjektiven Tatbestand abzustellen.
Sie vertreten konsequenterweise die Auffassung, daß Kenntnis des Empfängers von einem Verstoß, das Bewußtsein, unsittlich zu handeln, oder gar eine verwerfliche Gesinnung nicht zu den Voraussetzungen der Kondiktion gezählt werden kann[3)].
Danach genügt der objektive Verstoß des Empfängers durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten: auf ein Wissen um die Tatumstände, die zum Verstoß führen, auf ein Verschulden, eine verwerfliche Gesinnung gar, kommt es nicht an.

c) Die Frage, welche Auffassung den Vorzug verdient, beantwortet sich entsprechend den oben dargelegten Gedanken zum rechtspolitischen Gehalt des § 817 S. 1[4)].

---

1) RG JW 1936,2532 unter Berufung auf RGZ 95,347 ff. (349); 127, 276 ff.(279); RG JW 1930, 3218 ff. (3219); RG JW 1931, 3442 ff.(3443), bei denen aber § 817 S.2 im Vordergrund steht.
2) s.o.S. 9
3) So schon Siber, Schuldrecht, § 74, 2a (429) unter Berufung auf RGZ 72,49; Esser, 2.Aufl.,§ 193, 3 (3.Aufl., § 103 III 1); Larenz II, § 63 III a, ihm zustimmend Enneccerus-Lehmann, § 226, 2b; Fikentscher, § 99 III 4 a; Staudinger-Seufert, § 817, 6
4) s.o.S. 11 f.

Wenn man, wie es richtig erscheint, § 817 S. 1 als eine bereicherungsrechtliche Regelung versteht in der Weise, daß Anlaß der Rückforderung der Mangel eines das Behaltendürfen rechtfertigenden Grundes ist - der von den Parteien bei der Leistung beabsichtigte Erfolg ist zwar eingetreten, wird aber infolge seiner Rechts- bzw. Sittenwidrigkeit von der Rechtsordnung negiert -, kann ein subjektiver Tatbestand keine Rolle mehr spielen.
Das Vorliegen des objektiven Tatbestandes reicht aus, die Rückforderung des Geleisteten zu rechtfertigen. Sonst könnten sich Situationen ergeben, in denen zufolge des Verstoßes ein der Rechtsordnung zuwiderlaufender Zustand besteht, der aber mangels Kenntnis des Empfängers nicht mittels des Bereicherungsrechts ausgeglichen werden könnte[1].

Daß darüberhinaus das unerfreuliche Ergebnis vermieden wird, daß das "härtere Gewissen und gröbere Moralempfinden" prämiiert wird[2], mag als Reflexwirkung zu begrüßen sein, sollte jedoch als ein im Kern nicht bereicherungsrechtliches Argument in den Hintergrund treten. Es erscheint für den Verzicht auf einen subjektiven Tatbestand weder ausreichend noch erforderlich.

2. Der grundsätzliche Verzicht auf das Vorliegen eines subjektiven Tatbestandes im Falle des § 817 S. 1 bedarf jedoch in zweifacher Hinsicht einer Korrektur oder - besser - einer Erläuterung. Das ergibt sich zum einen aus den Voraussetzungen des Anspruchs, zum anderen aus seinem Inhalt.

---

1) vgl. die berechtigten Bedenken bei Esser, 2.Aufl., § 193, 1 a.E.; ähnlich Fikentscher, § 99 III 4a, der einen derartigen Zustand als "materiell ungerecht" kennzeichnet.
2) Enneccerus-Lehmann, § 226, 2 b

a) Ein subjektiver Tatbestand müßte nämlich dann vorausgesetzt werden, wenn der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten einen solchen verlangen. Da die Begriffe gesetzliches Verbot und "gute Sitten" inhaltsgleich mit den in §§ 134, 138 verwandten Begriffen sind[1], sind die dort entwickelten Grundsätze heranzuziehen.

Soweit ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot in Frage steht, ist anerkannt, daß Verbotskenntnis regelmäßig nicht vorauszusetzen ist. Es genügt der objektive Verstoß gegen das Verbotsgesetz[2].

Umstritten ist hingegen die Frage, ob auch ein Verstoß gegen die guten Sitten i.S.d. § 138 gegeben sein kann, wenn es an einem subjektiven Tatbestand mangelt.
Ein Teil der Lehre fordert, daß der Handelnde auch bei Vornahme eines seinem objektiven Inhalt nach sittenwidrigen Rechtsgeschäfts die Tatumstände kennt, die die Sittenwidrigkeit begründen.[3] Wenn sich die Sittenwidrigkeit hingegen nicht bereits aus dem objektiven Inhalt des Rechtsgeschäfts ergibt, sondern erst aus dem unsittlichen Gesamtcharakter, also aus dem Zusammenhang von Inhalt, Motiv, Zweck und besonderen Umständen des Falles, wird vereinzelt über die Kenntnis der Tatumstände hinaus ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit gefordert.[4]

Auch die Rechtsprechung verlangt grundsätzlich Kenntnis der Tatumstände, die die Sittenwidrigkeit begründen[5].

---

1) s.o.S. 14
2) Enneccerus-Nipperdey, § 190 II vor 1; Erman-Westermann, § 134, 1
3) Enneccerus-Nipperdey, § 191 II 2 a; Erman-Westermann, § 138, 7; Palandt-Danckelmann, § 138, 1 b
4) Enneccerus-Nipperdey, § 191 II 2 b
5) RGZ 97, 253 ff. (255); 161, 229 ff. (233); RG HRR 1939, 1089; BGH NJW 1951, 397; BGHZ 10, 228 ff. (232 f.)

Die grundsätzliche Forderung nach K e n n t n i s a l l e r T a t u m s t ä n d e , die die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts begründen, ist jedoch nicht berechtigt.
Ausgehend von dem Gedanken, daß der Vorwurf der Sittenwidrigkeit das Rechtsgeschäft, nicht den Handelnden trifft[1], muß gefolgert werden, daß es auf einen subjektiven Tatbestand nicht ankommen kann, wenn sich die Sittenwidrigkeit bereits aus dem unmittelbaren Inhalt des Rechtsgeschäfts ergibt. Vielmehr ist nur dann darauf abzustellen, wenn bei einem Vertrag mit an sich neutralem Inhalt zur Begründung der Sittenwidrigkeit die Beweggründe, der von den Parteien verfolgte Zweck, herangezogen werden müssen[2].
Eine gewisse Annäherung der Standpunkte erfolgt insoweit, als die Verfechter der Notwendigkeit eines subjektiven Tatbestandes unter Umständen grob fahrlässiges Handeln als ausreichend ansehen[3], oder das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit bereits als vorliegend erachten, "wenn der Handelnde bei Anspannung der erforderlichen Sorgfalt das Unsittliche oder Anstößige seines Verhaltens hätte erkennen können"[4].
Diese zu den §§ 134, 138 entwickelten Grundsätze müssen auch für die Beurteilung des Sittenverstoßes[5] im Fall des § 817 S. 1 maßgebend sein: Ergibt sich der Verstoß des Annehmenden bereits aus dem objek-

---

1) Flume, § 18, 2a; Staudinger-Coing, § 138, 12
2) Flume, § 18, 3; Larenz,AT, § 28 IIIc (439); Larenz, JJb 7 (1966/67), 98 ff. (118 ff.); Staudinger-Coing, § 138, 12 a
3) vgl. etwa RGZ 143, 48 ff. (51); BGHZ 10, 228 ff. (233); BGHZ 20, 43 ff. (52) bringt den Begriff der Leichtfertigkeit
4) Enneccerus-Nipperdey, § 191 2b
5) Da es bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nicht auf einen subjektiven Tatbestand ankommt, bedarf es insoweit keiner Erörterung

tiven Inhalt des von den Parteien vereinbarten Rechtsverhältnisses, bedarf es keines subjektiven Tatbestandes mehr, um die Kondiktion zuzulassen.

Anders hingegen - wie gesagt -, wenn es sich um ein an sich neutrales Rechtsverhältnis handelt, das erst aus der Hinzuziehung der subjektiven, von dem Empfänger verfolgten Motive seinen sittenwidrigen Charakter gewinnt.
Die Aussage: § 817 S. 1 setzt einen subjektiven Tatbestand nicht voraus, muß also dahingehend präzisiert werden, daß ein subjektiver Tatbestand dann vorliegen muß, wenn die Qualifizierung eines Aktes als Verstoß davon abhängt[1].

b) Ein weiteres Problem eröffnet der Verzicht auf einen subjektiven Tatbestand hinsichtlich des Haftungsumfangs.
Gemäß § 819 Abs. 2 ist der Empfänger, der durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, vom Empfange der Leistung an der verschärften Haftung des § 819 Abs. 1 unterworfen.
Gemäß § 819 Abs. 1 haftet der bösgläubige beziehungsweise bösgläubig gewordene Empfänger wie ein Rechtshängigkeitsbesitzer (§§ 819 Abs.1, 818 Abs.4, 292, 987 ff.). Da § 819 Abs.1 die verschärfte Haftung von der K e n n t n i s des Bereicherten abhängig macht, ergibt sich für uns die Frage, ob nicht auch bei § 819 Abs. 2 auf die Kenntnis des Empfängers vom Verstoß abzustellen ist.
Für die Vertreter der vorherrschenden Auffassung, die Kenntnis ohnehin zu den Anspruchsvoraussetzungen rechnet, wenn auch zum Teil in modifizierter

---

1) vgl. Esser, 2. Aufl., § 194, 4 b, dort allerdings zur Frage der subjektiven Einstellung des Leistenden im Falle des § 817 S.2. Konsequenterweise müßte Esser das aber auch für den Annahmeverstoß des Empfängers im Falle des § 817 S. 1 gelten lassen; Staudinger-Seufert, § 817, 6 a.E.

Form[1], entstehen insoweit keine Probleme. Da die Kondiktion nur bei Vorliegen eines subjektiven Tatbestandes eingreift, erscheint die Anwendung des § 819 Abs. 2 auch im Hinblick auf § 819 Abs. 1 durchaus gerechtfertigt.
Wer sich hingegen - richtig - gegen das unbedingte Erfordernis eines subjektiven Tatbestandes als Anspruchsvoraussetzung ausspricht, sieht sich vor die Frage gestellt: Trifft die verschärfte Haftung des § 819 Abs. 2 auch denjenigen, der in Unkenntnis des Verstoßes die Leistung angenommen hat, oder soll sie erst dann eingreifen, wenn der Empfänger Kenntnis von dem Verstoß erlangt[2]?
Ausgehend von dem Gedanken, daß nur d e r Bereicherte, der um die Rechtsgrundlosigkeit seines Habens weiß, mit der Inanspruchnahme rechnen muß, also sein Vertrauen auf das Behaltendürfen keinen Schutz verdient, wird § 819 Abs. 2 einschränkend ausgelegt. Es wird verlangt, daß die verschärfte Haftung des § 819 Abs. 2 nur bei "Verschulden" eingreift[3], oder daß zu dem objektiven Gesetzes- bzw. Sittenverstoß das Bewußtsein von diesem Verstoß treten muß[4].

aa) Der Ausdruck "Verschulden" ist m.E. fehl am Platz. Verschulden spielt etwa im Rahmen des Schadensersatzrechts eine Rolle, nicht im Bereicherungsrecht.

Darüberhinaus ist er viel zu unpräzise, um eine Abgrenzung der Fälle zu ermöglichen. Welcher Grad von Verschulden soll ausreichend bzw. erforderlich sein? Genügt grobe Fahrlässigkeit, oder muß man un-

---

1) s.o.S. 14 f.
2) Unproblematisch sind die Fälle, in denen der Empfänger bei Erlangung der Leistung bereits Kenntnis hat.
3) Larenz II, § 63 III a - ihm folgend Enneccerus-Lehmann, § 226, 2 b
4) Esser, 2. Aufl., § 200, 2 zu b (3. Aufl., § 105 III 1 b); vgl. auch Staudinger-Seufert, § 819, 5

ter Berücksichtigung des § 819 Abs. 1 Vorsatz = Kenntnis verlangen?

bb) Das von Esser verwandte zusätzliche Merkmal des Bewußtseins des Verstoßes[1] vermeidet diesen Vorwurf.
Die verschärfte Haftung greift so lange nicht ein, wie der Empfänger keine Kenntnis von dem Verstoß hat, also darauf vertrauen darf, das Erlangte behalten zu können. Erlangt er sie später, haftet er von diesem Zeitpunkt an verschärft, eine Schutzwürdigkeit ist nicht mehr gegeben[2].

cc) Es bliebe schließlich die Möglichkeit, dem Wortlaut des § 819 Abs. 2 am ehesten entsprechend, auf den subjektiven Tatbestand auch im Rahmen des § 819 Abs. 2 gänzlich zu verzichten und die verschärfte Haftung unabhängig davon beim Empfang der Leistung eintreten zu lassen.
Allerdings erscheint fraglich, welcher rechtspolitische Grund diese Haftungsverschärfung rechtfertigen soll.
In Frage käme der Gedanke der Schutzunwürdigkeit. Dieser Gedanke liegt letztlich auch den Bestimmungen der §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 820 Abs. 1 zugrunde. Allerdings ist dort die Schutzunwürdigkeit spezifiziert durch eben das subjektive Element, welches hier in Frage steht; denn die Haftung gem. §§ 292, 987, 989 ist eine Verschuldenshaftung.[3]

Derjenige, gegen den ein rechtshängiger Anspruch besteht, muß ebenso damit rechnen, zur Herausgabe

---

1) Esser, 2. Aufl., § 200, 2 zu b (3. Aufl., § 105 III 1 b) weist mit Recht darauf hin, daß dieses Bewußtsein bei einem Verstoß gegen die guten Sitten ausnahmslos, beim Verstoß gegen ein Gesetz in der Regel vorhanden sein wird; ähnlich Larenz II, § 64 II a.E.
2) Esser, a.a.O.
3) vgl. Medicus, § 26 I b aa

verurteilt zu werden wie derjenige, der den Mangel des rechtlichen Grundes kennt, § 819 Abs. 1 oder weiß, daß der Wegfall des rechtlichen Grundes zumindest möglich ist, § 820 Abs. 1. In allen diesen Fällen kann er sich auf die mögliche Herausgabepflicht einstellen und entsprechend mit der Sache verfahren.
Wer jedoch gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, das ihm n i c h t bekannt ist[1], wird sich mit Recht als Eigentümer der Sache gerieren, solange er nichts von dem Verstoß weiß. Es ist nicht anzuerkennen, daß eine entsprechende Schutzunwürdigkeit allein schon in der Tatsache des Verstoßes gesehen werden muß. Bei der heute nicht unbeträchtlichen Anzahl von Verbotsgesetzen insbesondere wirtschaftslenkender Art[2] ist der Fall durchaus denkbar, daß eine Leistung angenommen wird, ohne daß sich der Empfänger eines Verstoßes bewußt ist.
Es wäre ungerecht und würde dem in den Parallelregelungen §§ 818 Abs.4, 819 Abs.1, 820 Abs.1 mit §§ 292, 987, 989 zum Ausdruck gekommenen Gedanken nicht entsprechen, wollte man den subjektiven Tatbestand gänzlich außer acht lassen.

dd) § 819 Abs.2 ist daher einschränkend auszulegen. Die verschärfte Haftung greift nur ein, wenn der Empfänger der Leistung Kenntnis von dem Gesetzes- oder Sittenverstoß hat[3].
Damit fügt sich die Leistungskondiktion des § 817 S. 1 auch hinsichtlich des Umfangs des Bereicherungsanspruchs wieder ein in das Schema der übrigen

---

1) Das dürfte der in erster Linie interessierende Fall sein, da Kenntnis des Sittenverstoßes grds. anzunehmen ist, s.o.S.22 Anm.1
2) vgl. etwa Staudinger-Coing, § 134, 21 ff. zur Bedeutung der Verbotsgesetze im Rahmen wirtschaftslenkender Maßnahmen.
3) Esser, 2. Aufl., § 200, 2 zu b (3. Aufl., § 105 III b); Larenz II, § 63 III a; Enneccerus-Lehmann, § 226, 2 b

Leistungskondiktionen. Der Umfang der Verbindlichkeit richtet sich nach dem Wissen des Bereicherten um seine Herausgabepflicht. Solange er nicht mit ihr zu rechnen braucht, haftet er lediglich gemäß §§ 818 Abs. 1 - 3. Weiß er hingegen von seiner Verpflichtung, haftet er nach den allgemeinen Grundsätzen.

V. Der Anwendungsbereich des § 817 S. 1

1. "Große Bedeutung kommt ihr nicht zu"[1].
Dieses Urteil über die condictio ob turpem rem steht stellvertretend für die Mehrzahl der Meinungen in Rechtsprechung und Lehre. Heute werden immerhin drei charakteristische Fallgestaltungen genannt, in denen § 817 S. 1 "selbständige Bedeutung" habe[2].

a) Es erfolgt eine Leistung in Erfüllung eines Grundgeschäftes, ohne daß der Annahmeverstoß zur Nichtigkeit dieses Geschäftes führt. In diesem Fall soll trotz Vorliegen eines gültigen Grundgeschäftes die Rückforderung des Geleisteten durch § 817 S.1 eröffnet sein[3].
Der immer wieder zitierte Musterfall: Ein Beamter nimmt eine Leistung an für die Vornahme einer an sich nicht pflichtwidrigen Handlung - Verstoß gegen § 331 StGB (sog. einfache passive Bestechung). Die

---

1) Medicus, § 27 III 4 a; schon Lux, LZ 1919, 561 ff. (563), hielt sie für völlig überflüssig; rechtspolitisch für überflüssig erachtete die Vorschrift auch Larenz, Vertrag und Unrecht, Teil 2, 120, anders jetzt in Larenz II, § 63 III a
2) Medicus, a.a.O.
3) Enneccerus-Lehmann, § 226, 1 c; Esser, 2.Aufl., § 193, 2b (3. Aufl., § 103 III 2); Larenz II, § 63 III a; Medicus, § 27 III 4 a aa; Erman-Seiler, § 817, 1 b; Soergel-Mühl, § 817, 1; RGZ 96, 343 ff. (345). Zur Gültigkeit des Grundgeschäfts s. aber u. S. 30 unter c).

h. M. - im Rahmen des § 817 - geht von der Gültigkeit des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts zwischen dem Beamten und dem Bestechenden aus, da sich § 331 StGB nur gegen den Beamten richte. Der Bestechende soll seine Leistung gleichwohl gemäß § 817 S. 1 zurückverlangen können.[1)]

b) Ein weiterer selbständiger Anwendungsbereich wird dem § 817 S. 1 dort zugestanden, wo - wie man meint - die Voraussetzungen einer condictio indebiti an sich gegeben wären, diese Kondiktion aber wegen Kenntnis des Leistenden vom Nichtbestehen einer Verbindlichkeit durch § 814 ausgeschlossen sei. Das will das häufig gebrauchte Wort sagen: § 814 steht dem Anspruch aus § 817 S.1 nicht entgegen[2)].

c) Schließlich soll § 817 S. 1 - und nur § 817 S.1 - dort eingreifen, wo eine Leistung mit einem speziellen Zuwendungszweck erfolgt ist und dieser Zweck erreicht worden ist. In diesem Fall würde die condictio ob rem versagen, da sie ja auf das Moment der Zweckerreichung allein abstellt[3)].
Als Beispielfall mag genannt werden: Der Erpresser unterläßt nach Empfang des Schweigegeldes verabredungsgemäß seine diskriminierenden Äußerungen.

Über diese drei typischen Fallgestaltungen hinaus wird dem § 817 S. 1 eine weitere Bedeutung abgesprochen.

---

1) Esser, 2. Aufl., a.a.O. (vorsichtiger in der 3. Aufl., a.a.O.); Medicus, a.a.O.; Enneccerus-Lehmann, a.a.O.; Larenz II, a.a.O.
2) Esser, 2. Aufl., § 193, 2 c (3. Aufl., § 103 III 2); Larenz II, § 63 III a; Medicus, § 27 III 4 a bb; Erman-Seiler, § 817, 1 b; Soergel-Mühl, § 817, 1; RGZ 97, 82 ff. (85); 99, 160 ff. (165); BGH LM 1 zu § 762 BGB
3) Esser, 2. Aufl., § 193, 2 a (3. Aufl., § 103 III 2 - weniger deutlich); Medicus, § 27 III 4 a cc

d) Soweit Konkurrenzen zwischen den einzelnen Leistungskondiktionen angenommen werden - z.B.: der spezielle Zuwendungszweck wird nicht erreicht und ist zudem sittenwidrig (der Erpresser hält sein Wort nicht) -, soll § 817 S. 1 als lex specialis die anderen Leistungskondiktionen verdrängen.[1)]

Dieser Frage wird jedoch, da beide Ansprüche inhaltsgleich seien, nur rechtstheoretische Bedeutung zugemessen[2)].
Um die letzte Behauptung vorab aufzugreifen: soweit der Inhalt des Anspruchs in Frage steht, mag der Verweis auf die bloß rechtstheoretische Bedeutung berechtigt sein[3)]. Größere Auswirkungen ergeben sich aber im Hinblick auf das Anwendungsgebiet des Ausschlusses der Kondiktion gem. § 817 S. 2, denn dieses bestimmt sich nach dem Anwendungsbereich der Kondiktion selbst.
Wer vom Vorliegen einer Anspruchskonkurrenz zwischen § 817 S. 1 und anderen Leistungskondiktionen ausgeht, sieht sich der Frage des Verhältnisses des § 817 S. 2 zu diesen Leistungskondiktionen ausgesetzt.[4)] Trotz ihrer "bloß rechtstheoretischen Bedeutung" also bedarf die Frage der Abgrenzung des § 817 S. 1 von den übrigen Leistungskondiktionen der Erörterung.

---

1) Esser, 2. Aufl., § 193, 2, die dort angeführten Entscheidungen treffen nicht (Problem § 817 S.1 - § 814) (3. Aufl., § 103 III 2, ohne die Nachweise der 2. Aufl.). S. dazu u. S. 37 f.
2) Esser, 2. Aufl., a.a.O.
3) Freilich können auch hier im Hinblick auf die unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten des § 819 Abs. 2 Differenzen auftreten, je nachdem, ob der Anspruch aus einer der Alternativen des § 812 oder aus § 817 S. 1 hergeleitet wird; s. o. S. 20 ff.
4) Wir werden darauf noch eingehen, s. S. 71 ff.

2. Anwendung bei Gültigkeit des Rechtsgeschäftes

a. Die Zulassung der Rückforderung trotz Bestehens einer gültigen Rechtsgrundabrede - mag sie auch einhellig von Lehre und Rechtsprechung vertreten werden - überrascht. Wie kommt es, fragt man sich, daß ein g ü l t i g e s Grundgeschäft seiner ansonsten doch unbestrittenen Wirkung beraubt wird, einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen darzustellen? Was wird aus diesem Grundgeschäft, aus dem dem Empfänger ein durchsetzbarer Anspruch auf eben die Leistung zustand, die er nun als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben soll?
Das folgende Beispiel verdeutlicht die Problematik dieser Lösung: Ein Beamter läßt sich ein Darlehen gewähren für die Vornahme einer in sein Amt einschlagenden, an sich nicht pflichtwidrigen Handlung. Er macht sich damit strafbar gemäß § 331 StGB[1], denn die Gewährung eines Darlehens stellt einen "Vorteil" im Sinne dieser Vorschrift dar, gleichgültig, wie die Rückzahlungsbedingungen beschaffen sind.[2] Schließen die Beteiligten einen Konsensualvertrag ab, ohne die Darlehensvaluta sofort hinzugeben[3], steht dem Beamten aus diesem Vertrag ein durchsetzbarer Anspruch auf Auszahlung der Valuta zu, denn wir gehen ja davon aus, daß der Verstoß des Beamten das Grundgeschäft unberührt läßt.[4]

Mit der Leistung der Darlehenssumme erfüllt der Darlehensgeber also nur seine Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag. Hat er aber geleistet, soll er gleichwohl die Valuta zurückfordern können gemäß

---

1) einfache passive Bestechung, also der immer wieder genannte Beispielfall
2) Schönke-Schröder, § 331 StGB 7; BGH GA 1959, 176
3) vgl. dazu Esser, 3. Aufl., § 86 I 2
4) Ob diese Annahme richtig ist, wird zu klären sein, s. S. 30 f.

§ 817 S. 1 ? Diese Lösung ist widersprüchlich.[1]

Die Anwendung des § 817 S. 1 in diesen Fällen mit dem lapidaren Hinweis zu begründen, Voraussetzung der condictio ob turpem rem sei eben nur das Vorliegen eines Annahmeverstoßes, mag vielleicht angehen, wenn man den rechtspolitischen Grund der Vorschrift in einer Bestrafung des Empfängers sieht. Wer jedoch § 817 S. 1 richtig als bereicherungsrechtliche Norm begreift, hat zu klären, ob trotz Vorliegens eines gültigen Grundgeschäftes die condictio ob turpem rem eingreifen kann.

b) Da § 817 S.1 ein Fall der Leistungskondiktion ist, ist bei Beantwortung dieser Frage zurückzugreifen auf die gemeinsame Grundlage aller Leistungskondiktionen.[2]

Die Leistungskondiktion bedeutet Rückabwicklung im Leistungsverhältnis. Wann und ob eine Rückabwicklung stattfindet, hängt davon ab, ob in dem Verhältnis zwischen Leistendem und Empfänger ein Grund vorhanden ist, der das Behaltendürfen der Leistung rechtfertigt. Dieser "rechtliche Grund" wiederum bestimmt sich danach, ob der mit der Leistung verfolgte Zweck erreicht wird oder nicht. Ist das Leistungsverhältnis intakt, wird also der vereinbarte Zweck erreicht, besteht für eine Leistungskondiktion kein Raum.[3]

Übertragen wir diese Grundsätze auf den in Frage stehenden Fall: Ist das Grundgeschäft gültig, der Leistende also zur Erbringung der Leistung verpflichtet, erbringt er sie notwendigerweise zum Zwecke der E r f ü l l u n g - s o l v e n d i c a u s a .

---

1) Es wäre daran zu denken, dem Anspruch des Beamten den Einwand der Arglist entgegenzuhalten - dolo facit qui petit quod redditurus est. Aber auch diese Lösung ist unbefriedigend.
2) s.o.S. 9 f.
3) vgl. Esser, 2. Aufl., § 189,3,4 (3.Aufl., § 101 I u. II); Medicus, § 27 I; s. auch S. 9 f.

Dieser Zweck wird erreicht, fällt auch nicht nachträglich fort, denn das Rechtsgeschäft ist und bleibt gültig. Es liegt also - mit Esser zu sprechen[1] - ein Rechtsverhältnis vor, aus dem sich ergibt, daß die Leistung dem Empfänger gebührt. Für eine Rückforderung im Wege des Bereicherungsrechts ist demnach kein Anlaß gegeben.

Dem steht nicht entgegen, daß der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Die Ursache für den Verstoß kann in diesen Fällen nicht in dem Verhältnis zwischen Leistendem und Empfänger gesucht werden, auf das es allein ankommt. Andernfalls wäre es unverständlich, daß überhaupt ein gültiges Grundgeschäft entsteht, aus dem der Empfänger = Gläubiger gegen den Leistenden = Schuldner vorgehen kann. Die Tatsache, daß die Rechtsordnung das Rechtsgeschäft als gültig anerkennt, zeigt, daß es eines Schutzes des Leistenden gegenüber dem Empfänger nicht bedarf, also auch keiner Rückforderung der Leistung.

So ist denn auch anerkannt, daß ein einseitiger Verstoß gegen die guten Sitten regelmäßig nur dann zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 138 führt, wenn die Sittenwidrigkeit gerade in dem Verhalten gegenüber der makelfreien Partei begründet ist.[2] Dann ist ein anzuerkennendes Schutzbedürfnis des Leistenden gegeben, mithin auch die Rückforderung im Wege der condictio ob turpem rem gerechtfertigt, da das Leistungsverhältnis durch den Sittenverstoß gestört ist.

Will das Verbotsgesetz oder das Sittengebot hingegen nicht den Leistenden schützen, sondern z. B.

---

1) Esser, 2. Aufl., § 189, 4

2) vgl. etwa Erman-Westermann, § 138, 7; Soergel-Hefermehl, § 138, 27; Staudinger-Coing, § 138, 14 a; ein typisches Beispiel hierfür ist das Wuchergeschäft

Dritte oder die öffentliche Ordnung, wirkt sich der Verstoß des Empfängers auf das Leistungsverhältnis regelmäßig nicht aus.
Für eine Kondiktion ist dann kein Raum, denn der Empfänger hat die Leistung jedenfalls gegenüber dem Leistenden mit Rechtsgrund erlangt, ist ihm gegenüber also nicht ungerechtfertigt bereichert. Soll ihm das entzogen werden, was er nicht hätte annehmen dürfen aus Gründen, die jedenfalls nicht in seinem Verhältnis zum Leistenden liegen, so nicht auf dem Wege des Bereicherungsrechts.[1)]

c) Der "Musterfall" der einfachen passiven Beamtenbestechung müßte demnach eine von der herrschenden Auffassung abweichende Lösung erfahren. Da das Rechtsgeschäft - z.B. der Darlehensvertrag - angeblich gültig bleibt, wäre eine Rückforderung der Leistung unter Zugrundelegung unserer Auffassung ausgeschlossen.
Jedoch erscheint es durchaus zweifelhaft, ob die Ausgangsposition - nämlich Gültigkeit des Rechtsgeschäfts - haltbar ist. Die Tatsache allein, daß nur der Beamte strafbar ist[2)], reicht für eine Begründung dieser Annahme nicht aus. Es ist zwar anerkannt, daß das Rechtsgeschäft i n d e r R e g e l wirksam bleibt, wenn die Tätigkeit nur eines Beteiligten unter Strafe gestellt wird.[3)] Trotzdem ist es denkbar, daß ausnahmsweise Nichtigkeit eintritt. Das aber wird im Fall der einfachen Beamtenbestechung mit gutem Grund a n g e n o m m e n .

Ausgehend von dem gemeinsamen Unrechtskern aller Bestechungstatbestände, nämlich der aus der ver-

---

1) Zu denken ist etwa an eine Einziehung, Beschlagnahme, Bestrafung, durch die der Gewinn abgeschöpft wird, s. auch S.225 ff.
2) vgl. Enneccerus-Lehmann, § 226, 1 c; Medicus, § 27 III 4 a aa
3) Erman-Westermann, § 134, 5; Soergel-Hefermehl, § 134, 18; Staudinger-Coing, § 134, 11

botenen Beziehung zwischen Bestechendem und Bestochenem sich ergebenden generellen Gefährdung des Staatsapparates, dessen Ansehen durch die Annahme von Geschenken für amtliche Tätigkeit gefährdet werde, da das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen leide[1], wird Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, aus dem diese Gefährdung erwächst, als "selbstverständlich" erachtet.[2] Darüberhinaus wird sogar für die Nichtigkeit auch des Erfüllungsgeschäftes plädiert.[3]

Es kann also nicht die Rede davon sein, daß Gültigkeit des Grundgeschäftes bei der einfachen Beamtenbestechung angenommen wird. Damit entfällt aber auch schon der wichtigste Fall für die von der h.L. vertretene und hier nicht geteilte Auffassung, eine Kondiktion gemäß § 817 S. 1 greife auch bei gültigem Grundgeschäft ein.

d) Weitere Fälle aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts geben zum Teil nichts her, da sie sich zwar mit der Frage der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auseinandersetzen, nicht jedoch mit der Frage der Rückforderung auf Grund von § 817 S. 1 [4].

---

1) Schönke-Schröder, § 331 StGB, 2
2) Flume, § 17, 3 (345); Soergel-Hefermehl, § 134,18
3) Flume, a.a.O.
4) vgl.etwa RGZ 60,273 ff.(275),zitiert bei RGRK-Scheffler, § 817,5 als Beleg für die Auffassung, § 817 S.1 komme auch bei Gültigkeit des Grundgeschäftes zur Anwendung: Das RG(Vereinigte Zivilsenate) kommt zu dem Ergebnis, daß ein Verstoß gegen das in Frage stehende Gesetz nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt. Es bestätigt damit die Meinung des V.Ziv.Sen.,der das Rechtsgeschäft für gültig erachtete, "und zwar so, daß die versprochene Gegenleistung von demjenigen, der sich durch sie vom Bieten hat abhalten lassen,auch klage- und einredeweise geltend gemacht werden kann".
Von einer Rückforderung des Geleisteten gem.§ 817 S.1 ist keine Rede und es bleibt auch unerfindlich,wo eine solche eingreifen sollte. - Ähnlich in den bei RGRK-Scheffler, a.a.O.,zitierten RGZ 78,347 ff.(353); 88,250 ff.(252); 89,196 ff.(198); vgl. auch Enneccerus-Lehmann, § 226,1c, der gleichfalls u.a. auf RGZ 89,196 verweist.

Die gleichfalls häufig zitierte Entscheidung RGZ 96, 343 ff. (345)[1] führt zwar expressis verbis aus, die Vorschrift wolle auch dort ergänzend eingreifen, wo trotz der Gültigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes und der aus ihm erfolgenden Leistung die Annahme dieser Leistung gegen ein Verbot verstoße oder unsittlich sei. Eine Begründung für diese Auffassung bleibt das Reichsgericht schuldig. Es brauchte auch nicht in diesem Sinne zu entscheiden, denn: "Dieser Fall liegt aber hier nicht vor".
Auch der von Enneccerus-Lehmann[2] angeführte Fall der Annahme eines Geschenkes vom Verführer der Frau oder Tochter kann zwangloser auf andere Weise gelöst werden. Wenn man schon Sittenwidrigkeit annimmt, so liegt Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit sowohl des Leistenden als auch des Annehmenden näher[3] als lediglich Sittenwidrigkeit der Annahme durch den Vater bzw. Ehemann bei Gültigkeit des Rechtsgeschäfts[4].

e) Der Auffassung der h.L., wonach trotz Vorliegen eines gültigen Grundgeschäfts bei Annahmeverstoß des Empfängers die Rückforderung des Geleisteten über § 817 S. 1 möglich sein soll, kann demnach nicht zugestimmt werden. Sie ist weder dogmatisch haltbar noch zur Lösung bestimmter Fallgruppen erforderlich.
Bleibt das Grundgeschäft gültig, ist mit Rechtsgrund geleistet worden; für eine Rückforderung ist dann kein Raum.

---

1) Enneccerus-Lehmann, a.a.O.; RGRK-Scheffler, a.a.O.
2) a.a.O., § 226, 1 c; vgl. auch Leonhard, Bes. Schuldr., 502
3) vgl. etwa Soergel-Hefermehl, § 138, 121-123
4) so muß Enneccerus-Lehmann, a.a.O., wohl verstanden werden.

3. "§ 814 steht dem Anspruch aus § 817 S. 1 nicht entgegen".

a) Unbestritten in Lehre und Rechtsprechung ist, daß die condictio ob turpem rem nicht durch § 814 ausgeschlossen wird.[1)]
Zur Begründung wird in der Regel darauf hingewiesen, daß der Ausschluß der Rückforderung gemäß § 814 nur dann eine Rolle spiele, wenn zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sei, also im Falle der condictio indebiti[2)].
Es ist zweifellos richtig, daß § 814 nur gegenüber der condictio indebiti Wirkungen entfalten kann[3)].
Es ist auch richtig, daß die Kondiktion aus § 817 S. 1 daher nicht von diesem Ausschluß berührt wird.

Fraglich erscheint jedoch, ob man hieraus die Folgerung ableiten kann: bei K o n k u r r e n z von condictio indebiti mit condictio ob turpem rem schließe zwar § 814 die condictio indebiti, nicht aber die condictio ob turpem rem aus.

b) Dem können wir nicht beipflichten, da grundsätzliche Bedenken gegen die Annahme einer "Anspruchskonkurrenz" zwischen der condictio indebiti und der condictio ob turpem rem bestehen.
Das mag an einem Ausgangsfall verdeutlicht werden: Es liegt ein Grundgeschäft vor, das infolge des Verstoßes einer Partei nichtig ist[4)]. Trotz Kenntnis der Nichtigkeit dieses Geschäftes, d.h. trotz Kenntnis des Nichtbestehens einer Verbindlichkeit, leistet die makelfreie Partei. Bei dieser Ausgangslage muß die Frage verneint werden, ob sie "in Er-

---

1) s.o.S. 25
2) vgl. etwa RG SeuffArch.77, Nr.183 (287 f.)
3) Zum historischen Hintergrund s. Schwarz, condictio, 111 ff.
4) z.B. ein wucherisches Darlehen - Verstoß des Darlehensgebers = Wucherers führt zur Nichtigkeit, § 138 Abs. 2

füllung einer Verbindlichkeit" leistete, denn eine Verbindlichkeit will sie nicht erfüllen, kann sie nicht erfüllen, eine solche besteht nicht.

Es fehlt mithin an einer subjektiven Voraussetzung der condictio indebiti, der Zwecksetzung nämlich "Erfüllung einer Verbindlichkeit".

c) Auch das Reichsgericht hat dieses Problem klar erkannt. Das Anwendungsgebiet des § 814 beschränke sich auf die Rückforderungsfälle, die der condictio indebiti des römischen Rechts entsprächen. Nur hier bilde der Irrtum des Leistenden über das Bestehen der Schuld eine Voraussetzung des Anspruchs. Dies gelte aber nicht für solche Fälle, in denen zwar ä u ß e r l i c h auch eine condictio indebiti um d e s w i l l e n vorliege, weil die zurückzufordernde Leistung zwecks Erfüllung eines nichtigen Rechtsgeschäfts gegeben worden sei, wo jedoch bei e r s c h ö p f e n d e r B e t r a c h t u n g der Anspruch sich als die römischrechtliche condictio ob turpem causam darstelle.[1)]
Hier deutet sich im Kern der oben vertretene Gedankengang an: nicht condictio indebiti neben condictio ob turpem rem, sondern nur äußerlich condictio indebiti, bei "erschöpfender Betrachtung" lediglich condictio ob turpem rem.

---

1) RG SeuffArch. 77, Nr.183 (287 f.); ganz in diesem Sinne sehr aufschlußreich zum Verhältnis der condictio indebiti zur condictio ob rem RGZ 98, 237 ff. (240): Andererseits wäre es geradezu sinnlos gewesen und müsse daher aus dem Bereich der zu erwägenden Möglichkeiten ausscheiden, daß der Leistende in voller Kenntnis von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auf alle Fälle und endgültig gezahlt hätte. Für eine solche Freigebigkeit fehle es an jedem Anhaltspunkt. In Wahrheit also liege überhaupt nicht der Fall der Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit vor, sondern vielmehr die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, also der Fall der condictio ob rem.

d) In dieser Fallgruppe des Anwendungsgebietes des § 817 S. 1 gibt uns der Vergleich mit der condictio ob rem einen interessanten und wertvollen Hinweis.

Als Fall der condictio ob rem wird es angesehen, wenn jemand in Kenntnis der Nichtverbindlichkeit, aber in der Erwartung leistet, der Empfänger werde das z.B. wegen Formmangels nichtige Geschäft freiwillig abwickeln[1]. Die Begründung entspricht in ihrem Gedankengang ganz der hier vertretenen Auffassung: Es handele sich nicht um eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit[2]. Niemand geht hier von einer Konkurrenz zwischen condictio indebiti und condictio ob rem aus.

Unseres Erachtens bestehen keine Bedenken, diese Gedanken zur Stützung der hier vertretenen Lösung heranzuziehen.[3]

e) Demnach ist der Satz: § 814 steht der condictio ob turpem rem nicht entgegen - zwar richtig, unrichtig ist aber die diesem Satz zugrundeliegende Annahme einer K o n k u r r e n z zwischen condictio ob turpem rem und condictio indebiti. Dem subjektiven Tatbestand entsprechend ist in diesen Fällen von

---

1) Erman - Seiler, § 812, 5 A d aa; Soergel - Mühl, § 814, 10; schon Rümelin, AcP 98, 169 ff. (254); Reichel, AcP 104, 1 ff. (27); RGZ 98, 237 ff. (240) - s. die vorhergehende Anm.

2) vgl. auch Mot. II, S. 833, wo im Zusammenhang mit der cond. indebiti ausgeführt wird: Ist in Kenntnis von dem Nichtbestehen einer Verbindlichkeit geleistet, so ist nicht zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet.

3) Das gilt umsomehr, als die condictio ob turpem rem in ihrer historischen Herkunft ein Sonderfall der condictio ob rem ist, vgl. Schwarz, condictio, 169 ff.

dem Vorliegen nur einer condictio ob turpem rem auszugehen[1].
Das hat für den § 817 S. 1 zunächst wiederum "nur rechtstheoretische Bedeutung", da § 814 nach dieser wie jener Meinung ausgeschlossen ist. Auswirkungen zeigen aber wird diese Abgrenzung bei der Frage des Anwendungsbereiches des Ausschlusses der condictio ob turpem rem, § 817 S. 2.[2)3)]

4. Verhältnis der condictio ob turpem rem zur condictio ob rem.

a) Es bleibt als dritte noch zu besprechende Fallgruppe: Leistung mit speziellem Zuwendungszweck und Erreichung dieses Zweckes, der die Sitten- bzw. Gesetzeswidrigkeit der Annahme bestimmt; z.B.: Der Erpresser unterläßt die angedrohte Rufschädigung nach Empfang des Geldes.

---

1) Die in ähnlichem Zusammenhang gegen diese Auffassung geäußerte Kritik von Schultze, Anm. zu OLG München, JW 1923,1049,hier werde der Maßstab des logischen und juristischen Denkens auf das unlogische und unjuristische Denken der Parteien angelegt,kann nicht zugestimmt werden. Auch die Wertung des Verhaltens des Leistenden als "Erfüllung einer Verbindlichkeit"setzt die Anwendung eines logischen und juristischen Maßstabes voraus.

2) dazu weiter unten S.71 ff. (80)

3) Nicht verkannt wird,daß bei dieser Auslegung der Anwendungsbereich des § 814 eine nicht unerhebliche Einschränkung erfährt.Aber ohnehin scheint die heute herrschende Auffassung,die sich mit der pauschalen Feststellung begnügt - Kenntnis der Nichtschuld schließt den Rückforderungsanspruch aus,vgl.etwa Palandt-Thomas, § 814,2 vor a - der eigentlichen Funktion des § 814 nicht gerecht zu werden.
Erwägenswert erscheint vielmehr der Gedanke,§ 814 dann anzuwenden, wenn der Leistende vorgibt, in Erfüllung einer Verbindlichkeit zu leisten, von deren Nichtbestehen nur er, nicht der Empfänger weiß. Es liegt nahe, ihm insoweit eine Schenkungsabsicht zu unterstellen.
Diese Auslegung würde wohl auch den römischrechtlichen Quellen am nächsten kommen - vgl.Schwarz, a.a.O., 111 ff.

Eine Rückgewähr auf dem Wege der condictio indebiti entfällt, weil nicht zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden ist. Eine condictio ob rem scheidet aus, da der mit der Leistung erstrebte spezielle Zuwendungszweck - Unterbleiben der Rufschädigung - erreicht worden ist.
Hier findet zweifellos die Rückforderung des Geleisteten gem. § 817,1 statt. An einer gültigen Zweckabrede fehlt es, deshalb bleibt die Zweckerreichung außer Betracht. Insoweit ist der herrschenden Auffassung zuzustimmen[1].

b) Fraglich erscheint allerdings, welche Kondiktion dem Leistenden dann zusteht, wenn der mit der Leistung bezweckte sittenwidrige Erfolg n i c h t eintritt: Der Erpresser schweigt also nicht, obwohl er das Schweigegeld in Empfang genommen hat.

Konstruktiv wäre in diesem Fall die Rückforderung mittels der condictio ob rem denkbar. Es ist geleistet worden im Hinblick auf ein bestimmtes Verhalten des Empfängers, mit einem bestimmten Zuwendungszweck. Dieser Zweck ist nicht erreicht worden. "Zweckverfehlung und Zweckmißbilligung gehen Hand in Hand"[2].
Esser will in diesen Fällen der condictio ob turpem rem als lex specialis den Vorrang vor der condictio ob rem geben[3].
Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob die Voraussetzungen der condictio ob rem überhaupt erfüllt sind oder ob nicht auch hier "bei erschöpfender Betrachtung" allein der Tatbestand der condictio ob turpem rem gegeben ist.
Kennzeichnend für die condictio ob rem ist, daß der einverständlich gesetzte Zweck nicht erreicht worden

---

1) s. o. S. 25
2) Esser, 2. Aufl., § 193, 2 (3. Aufl., § 103 III 2)
3) Esser, a.a.O.

ist. Wäre der Erfolg eingetreten, hätte er das Behalten gerechtfertigt. Die Rückforderung erfolgt also, w e i l der Zuwendungszweck nicht erreicht worden ist.
Diese Sachlage ist aber im Fall der Nichterreichung eines anstößigen Zweckes nicht gegeben. Der von den Parteien ins Auge gefaßte Erfolg hätte selbst dann das Behalten des Empfängers n i c h t gerechtfertigt, wenn er eingetreten wäre.
Von einer condictio ob rem kann dann aber nicht geredet werden, wenn die Erreichung des Zweckes das Behalten trotzdem nicht gerechtfertigt hätte. Es wäre ja auch ungereimt, die Rückforderung zuzulassen, weil der erstrebte Erfolg nicht eingetreten ist, wenn er aber doch eingetreten ist, die condictio gleichfalls zu gewähren, weil dieser Erfolg keine rechtfertigende Wirkung hinsichtlich des Behaltens haben kann.

Zweckverfehlung und Zweckmißbilligung gehen also tatsächlich gar nicht "Hand in Hand", vielmehr liegt hier n u r e i n e Z w e c k m i ß b i l l i g u n g als bereicherungsrechtlich relevanter Tatbestand vor. Die condictio ob turpem rem ist unabhängig davon gegeben, ob der Zuwendungszweck erreicht worden ist oder nicht. Sie greift auch dann als einzige Kondiktion ein, wenn der mißbilligte Zuwendungszweck nicht eingetreten ist, da die Zweckerreichung als das für die condictio ob rem entscheidende Kriterium hier bedeutungslos ist.

c) condictio ob rem und condictio ob turpem rem stehen demnach nicht im Verhältnis von lex generalis zu lex specialis[1)] mit der Wirkung, daß der Anspruch aus § 817 S.1 dem Anspruch aus § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. vorgeht. Tatsächlich ist im Falle der condictio ob turpem rem nur der Tatbestand des § 817 S.1 erfüllt.

---

1) Wie Esser, 2. Aufl., § 193, 2 (3. Aufl., § 103 III 2) annimmt

Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis läßt sich demnach festhalten:

Die condictio ob turpem rem, § 817 S. 1, ist ein Fall der Leistungskondiktion.
Ihr rechtspolitischer Grund liegt nicht in einer Bestrafung des Empfängers, sondern im Fehlen einer gültigen Zwecksetzung.
Kenntnis des Empfängers vom Verstoß ist grundsätzlich nicht erforderlich.
Eine Einschränkung ist allerdings insoweit zu treffen, als ein subjektives Merkmal als Voraussetzung des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verlangt werden kann.[1)]

Weiterhin ist § 819 Abs.2 einschränkend auszulegen. Die verschärfte Haftung greift erst ein mit Kenntniserlangung des Empfängers vom Verstoß.[2)]

Die drei Anwendungsfälle, in denen § 817 S. 1 von der herrschenden Auffassung eine selbständige Bedeutung zuerkannt wird, können nur bedingt als richtig anerkannt werden.

a) § 817 S. 1 findet entgegen der herrschenden Meinung keine Anwendung, wenn ein der Leistung zugrundeliegendes Rechtsgeschäft trotz des Verstoßes des Annehmenden gültig bleibt. Für ein Eingreifen des Bereicherungsrechts ist in diesem Fall kein Anlaß gegeben.
Das Musterbeispiel der einfachen Beamtenbestechung kann nicht überzeugen, da das hier zugrundeliegende Rechtsgeschäft richtiger Ansicht nach der Nichtigkeit anheimfällt.

b) Der Anspruch aus § 817 S.1 wird nicht durch § 814 ausgeschlossen. Dieses richtige Ergebnis beruht entgegen der herrschenden Auffassung nicht darauf, daß bei gleichzeitig gegebener condictio indebiti und

1) s.o.S.18
2) s.o.S.23

condictio ob turpem rem § 814 nur gegenüber der condictio indebiti durchgreift.
Vielmehr ist bei den in Frage stehenden Fällen bei genauer Würdigung des Zuwendungszweckes nur eine condictio ob turpem rem gegeben, da nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet wird. Und das bedeutet, daß das Schlagwort, mit dem wir den Abschnitt 3) einleiteten, den Kern nicht trifft: § 814 und § 817 S.1 berühren sich gar nicht.

c) Wird der mit der Leistung verfolgte Zweck erreicht, kann die Leistung trotzdem gemäß § 817 S.1 zurückgefordert werden.
Wird er nicht erreicht, liegen nicht zugleich die Voraussetzungen einer condictio ob rem vor, die dann allerdings durch die auch hier gegebene condictio ob turpem rem als der lex specialis verdrängt würde.
Das Moment der Zweckerreichung als das für die condictio ob rem entscheidende Kriterium verliert im Falle der Sitten- oder Gesetzeswidrigkeit des Zweckes seine bereicherungsrechtliche Relevanz.
Richtiger Ansicht nach ist daher auch in diesem Fall nur die condictio ob turpem rem gegeben.
Die condictio ob turpem rem stellt sich somit als ein Fall der Leistungskondiktion mit eigenem Anwendungsbereich dar. Sie greift immer dann ein - und zwar als einzige Leistungskondiktion -, wenn nach dem mit der Leistung verfolgten Zweck, der nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen darf, der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Dabei ist es unerheblich, ob dieser Zweck erreicht worden ist oder nicht. Die condictio ob turpem rem stellt somit keinen Sonderfall dar, sondern läßt sich zwanglos in das System der Leistungskondiktionen einordnen.

B. Ausschluß der Rückforderung bei beiderseitigem Verstoß - § 817 S. 2

I. Der rechtspolitische Grundgedanke des Ausschlusses der Rückforderung.

1. a) Als Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung hat sich herausgestellt, daß § 817 S. 1 vor allem als Bestrafung des Empfängers wegen seines mißbilligten Verhaltens verstanden wird, ohne daß der Versuch einer bereicherungsrechtlichen Erklärung gemacht wird.[1] Man erwartet also Ähnliches für § 817 S. 2 und findet denn auch dort etwa den Strafgedanken vertreten bis in die jüngste Zeit. Unter den zahlreichen Versuchen einer rechtspolitischen Deutung lassen sich drei Hauptrichtungen nennen:[2]

aa) § 817 S. 2 ist eine Strafvorschrift.

Der Leistende soll durch den Ausschluß der Rückforderung wegen der offenbarten verwerflichen Gesinnung gestraft werden.

bb) Der Gedanke der Rechtsschutzverweigerung.

Wer sich mit seiner Leistung bewußt außerhalb der Rechtsordnung stellt, kann auf den von ihr gewährten Schutz nicht bauen.

cc) Der Gedanke der Schuldkompensation.

Beide Parteien haben gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstoßen, es ist demnach eine Gleichgewichtslage eingetreten, die ein Eingreifen der Rechtsordnung nicht erforderlich macht.

b) Eine Auseinandersetzung mit dem § 817 S. 2 zugrundeliegenden rechtspolitischen Gedanken ist unerläßlich wegen seiner Auswirkungen auf die Auslegung und An-

---

1) s.o.S. 8 , die Ausnahmen sind erwähnt, s.o.S. 9

2) Nachweise folgen

wendung der Vorschrift. Es soll gleich hier hervorgehoben werden, daß die oben skizzierten Meinungen keinen spezifisch bereicherungsrechtlichen Charakter haben. Sie führen und verführen damit notwendigerweise zu einer Anwendung des § 817 S. 2, also dem Ausschluß der Rückforderung, über das Bereicherungsrecht hinaus auch auf andere Ansprüche, insbesondere auf den Herausgabeanspruch gem. §§ 985 ff. und den Schadensersatzanspruch gem. §§ 823 ff.[1)]

Es ist also zu prüfen, warum bei beiderseitiger Sittenwidrigkeit bzw. beiderseitigem Gesetzesverstoß die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen ist.

2. Der Gedanke der Strafe

a) aa) "Die Bestimmung des dritten Absatzes, daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist, entspricht dem geltenden Recht und dem Gedanken, auf welchem die condictio ob turpem causam beruht." So liest man es in den Motiven zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches.[2)]
Der Gedanke, auf dem die condictio ob turpem rem nach der dort niedergelegten Ansicht beruhte, war aber der, "die verwerfliche Gesinnung des Empfängers" zu treffen[3)]. Von hier hatte man schon für den § 817 S. 1 einen Strafgedanken abgeleitet[4)].

bb) Es nimmt daher nicht weiter wunder, daß auch der Ausschluß der Rückforderung gemäß § 817 S. 2 unter dem Gesichtspunkt der Strafe betrachtet wurde.

So vertrat man schon in der älteren Literatur die Auffassung, der Leistende, der gegen ein gesetz-

---

1) vgl.auch Raiser, JZ 1951, 719
2) Mot. II, 850
3) Mot. II, 849
4) s.o.S.8

liches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen habe, verdiene keinen Rechtsschutz und solle für die Betätigung seiner verwerflichen Gesinnung bestraft werden durch den Ausschluß der Rückforderung des von ihm Geleisteten[1].

Diese Meinung findet sich auch im jüngeren Schrifttum. Man spricht etwa von einem "Strafcharakter" des § 817 S. 2[2], davon, daß er sich auf die "schmähliche Gesinnung" des Leistenden stützt[3]. Ein Strafcharakter wird zumindest auch bejaht.[4]

Nach einer anderen Ansicht soll es sich dabei nicht um eine öffentliche Strafe handeln. Vielmehr sei zu denken an die Ähnlichkeit von Vertragsstrafen, die auf einzelnen Gebieten durch Rechtsverordnungen allgemein zum Inhalt von Privatrechtsverhältnissen gemacht werden.[5]

cc) Den Strafgedanken verfocht in zunehmendem Maße auch das Reichsgericht in seinen Entscheidungen. Diese Vorschrift sei "ersichtlich" als Strafe für die Betätigung verwerflicher Gesinnung gedacht[6], sei eine bürgerlich-rechtliche Strafvorschrift[7].

dd) Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs läßt sich der Strafgedanke nachweisen, ohne daß sich jedoch sagen läßt, daß er eine ähnlich überragende Stellung einnimmt wie zu Zeiten des Reichs-

---

1) Planck-Landois, § 817, 4 d; vgl. auch Heck, AcP 124, 32, der diesen Gedanken allerdings ablehnte.
2) Achilles-Greiff-Brüggemann, § 817, 3 a
3) Rosenthal-Bohnenberg, § 817, 2
4) RGRK-Scheffler, § 817, 16
5) Erman-Seiler, § 817, 3a; von einer Bestrafung der par turpitudo spricht auch Boehmer, Grdlg.I, 52; vgl. weiter Bruns, Festschrift f. Mezger, 336: "Strafvorschrift" des Privatrechts
6) RGZ 95, 347 ff. (349)
7) RGZ 161, 52 ff. (61), während noch in RGZ 151, 70 ff. (72) die Frage als "weniger von Belang" offen gelassen wurde; vgl. weiter RGZ 99, 167 ff. (167) unter ausführlicher geschichtlicher Erörterung; RGZ 104, 50 ff. (54)

gerichts. Der Bundesgerichtshof schwankt vielmehr zwischen dem Straf- und dem Rechtsschutzverweigerungsgedanken.
§ 817 S. 2 trage den "Charakter einer Strafvorschrift"[1], die Bestimmung solle ihrem Sinn nach "das verwerfliche Handeln im Zeitpunkt der Leistung treffen"[2]. § 817 S. 2 sei eine Ausnahmebestimmung, der zudem Strafcharakter zukomme, er finde seine Rechtfertigung mindestens auch darin, daß der Forderungsberechtigte durch den Verlust seiner Ansprüche für sein vom Gesetz mißbilligtes Verhalten bestraft werden solle[3]. Man ließ die Entscheidung, ob Strafe des Gläubigers des Herausgabeanspruchs oder Versagung des staatlichen Rechtsschutzes demgegenüber, der selbst sitten- oder gesetzwidrig gehandelt hat, offen[4] oder stellte - leicht resignierend - fest: "Solange § 817 S. 2 als Gesetz gilt, kommt es nicht so sehr auf seine Rechtfertigung als darauf an, ob durchschlagende Gründe dafür bestehen, ihn für einzelne Sondergebiete, insbesondere zur Ermöglichung der Rückforderung gezahlter Überpreise, außer Anwendung zu lassen"[5].

b) Der Rückgriff auf den Strafgedanken ist für den Ausschluß der Rückforderung der Bereicherung ebensowenig vertretbar wie für die Begründung der Kondiktion. Er würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Zu Recht wurde daher schon frühzeitig Kritik laut[6].

aa) Der Hinweis auf die Motive allein rechtfertigt eine derartige Auslegung aus den oben[7] erwähnten Gründen nicht.

---

1) BGH LM 1 zu § 817 BGB - "mag gerechtfertigt sein"
2) BGH LM 4 zu § 1 a KWVO
3) BGHZ 39, 87 ff. (91)
4) BGHZ 19, 338 ff.; BGH LM 12 zu § 817 BGB
5) BGHZ 8, 348 ff. (371)
6) vgl. Heck, a.a.O., S. 32; Lobe, Recht 1934, 8 ff. (Sp. 9)
7) S. 12 f.

Selbst wenn man davon ausgeht, daß der Wille des Gesetzgebers im Wortlaut des § 817 S. 2 zum Ausdruck gekommen ist - was richtiger Ansicht nach zu verneinen ist -, müssen diese Vorstellungen zurücktreten hinter den nicht haltbaren Folgerungen, die aus dem Strafgedanken zu ziehen wären.

bb) Grundsätzlich ist gegen den Strafgedanken einzuwenden, daß er im geltenden Zivilrecht ein Fremdkörper ist[1]. Wir kennen auch das Institut der Privatstrafe, das in früheren Rechten eine Rolle spielte, nicht mehr[2]. Das Bereicherungsrecht hat es mit dem Ausgleich rechtlich unbegründeter Güterbewegungen zu tun, regelt Interessen der Individuen untereinander, dem Strafrecht geht es hingegen um den Schutz der allgemeinen Rechtsordnung[3]. Eine Übertragung des Strafgedankens in das Zivilrecht ist daher nicht möglich, er ist "dem Zivilrecht grundsätzlich fremd"[4].

cc) Demgegenüber verfängt auch der Hinweis auf das Institut der Vertragsstrafe nicht[5]. Die Vertragsstrafe ist keine Strafe im öffentlichrechtlichen Sinn, sondern beruht auf der Übereinkunft der Parteien. Sie dient als Druckmittel zur Durchsetzung von Ansprüchen[6]. Von einer derartigen Vereinbarung der Parteien kann hier aber keine Rede sein, die Interessenlage ist gänzlich anders.

---

1) Esser, 2.Aufl., § 194, 1 c Abs.2; Flume, § 18, 10 a; Larenz II, § 63 III b
2) vgl. Heck, a.a.O., S. 54; Niederländer, Festschrift f. Gutzwiller, 622
3) vgl. etwa Esser, 2. Aufl., § 187, 3; Bruns, Festschrift f. Mezger, 361
4) Daß der Strafgedanke dem Zivilrecht grundsätzlich fremd ist, erkennt auch BGHZ 39, 87 ff. (91) an, ohne sich jedoch deshalb von ihm loszusagen.
5) Erman-Seiler, § 817, 3 a
6) vgl. etwa Erman-Westermann, vor §§ 339-345, 1 u. 4 a.E., wo ausdrücklich zwischen auf privatrechtlichem Vertrag beruhender und öffentlicher Strafe unterschieden wird.

dd) Es ist weiter nicht recht ersichtlich, wieso bei "gleichwertigem" Verstoß von Leistendem und Empfänger nur der Leistende bestraft werden soll und warum diese "Strafe" für den Empfänger - sofern er noch nicht geleistet hat - das durchaus erfreuliche Ergebnis bringt, daß er das Empfangene ohne Gegenleistung behalten kann[1].
Verstößt nur der Empfänger, so wird nach herrschender Auffassung nur dieser "bestraft" und muß das Empfangene herausgeben. Verstoßen beide, so wird tatsächlich nur der Leistende "bestraft", der Empfänger bleibt im Genuß der Bereicherung. Dieses Ergebnis, das der gesetzlichen Regelung entspricht und im Einklang steht mit der - deutschen - Abstraktizität des Erfüllungsgeschäftes, als Folge einer Strafe anzusehen, ist nicht gut möglich.

ee) Eine konsequente Durchführung des Strafgedankens würde unabweislich eine Abwägung des Verschuldens der beteiligten Parteien zur Folge haben. Strafe ohne Rücksicht auf die subjektiven Tatumstände ist nicht vorstellbar, würde über die vom "eigentlichen" öffentlichen Strafrecht verhängten Sanktionen weit hinausgehen. Dieser Gedanke hat daher auch dazu geführt, einer Anwendung des § 254, also einer dem Schadensersatzrecht entnommenen Bestimmung das Wort zu reden, ohne daß jedoch konkrete Vorstellungen über die Praktikabilität dieser Lösung bestehen[2].

---

1) Darauf weisen zu Recht hin Esser, 2. Aufl., § 194, 1c (ebenso 3. Aufl., § 103 IV 2); Larenz II, § 63 III b; Flume, § 18, 10 a; Raiser, JZ 1951, 718 f. (719)

2) vgl. etwa Erman-Seiler, § 817, 3 a u. 3 d a.E., der überhaupt erst eine befriedigende Lösung sieht, wenn Rechtspr. und Rechtslehre ihre überwiegend systematischen Bedenken gegen die Anwendung des Grundgedankens von § 254 aufgeben

ff) Besonders schwerwiegend erscheint aber der Einwand, daß eine Anwendung des Strafgedankens notwendigerweise eine Ausweitung der Ausschlußklausel auf andere bereicherungsrechtliche[1] und nicht bereicherungsrechtliche Ansprüche mit sich bringt. Das gilt vor allem für den Anspruch des Eigentümers gegen den nichtberechtigten Besitzer auf Herausgabe, §§ 985 ff., und den Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung, §§ 823 ff. Ist es doch nicht einzusehen, warum bei gegebener Konkurrenz zwischen diesen Ansprüchen der Leistende zwar durch den Entzug des Bereicherungsanspruches bestraft wird, seinen Eigentumsherausgabe- oder Schadensersatzanspruch hingegen ungehindert geltend machen kann[2].

Es verwundert daher auch nicht, daß in Rechtsprechung und Lehre dieser Schritt wiederholt getan worden ist[3]. Damit ist aber der Boden des Bereicherungsrechts endgültig verlassen, eine Anknüpfung an § 817 S. 1 nicht mehr möglich. Letzte Konsequenz ist die Forderung nach Übernahme der Vorschrift in den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches[4], wo sie bei dieser Auslegung denn wohl auch besser aufgehoben wäre.

Aus den dargelegten Gründen ist demnach die Auffassung, § 817 S. 2 wolle den Leistenden durch den Ent-

---

1) - wenn man einmal von einer Konkurrenz überhaupt ausgeht -

2) Was etwa Esser, 2. Aufl., § 194, 1c und Raiser, JZ 1951, 719 insoweit der Theorie der Rechtsschutzverweigerung vorwerfen, gilt in gleichem Maße für den Strafgedanken; vgl. auch Eichler, Diss., S.32, im Zusammenhang mit dem Problem der Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber anderen Kondiktionen.

3) Einzelheiten später, s.S.118 ff. (123)

4) Hans Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, 128, der die Einstellung des § 817 S. 2 in das Bereicherungsrecht als verfehlt beklagt; Strobl, Diss., 63, wonach die Ausschlußklausel ihren Platz wohl besser im Allgemeinen Teil des BGB oder im Verfahrensrecht gefunden hätte.

zug seines Rückforderungsanspruches für die mißbilligte Leistung s t r a f e n , abzulehnen.

3. Der Gedanke der Rechtsschutzversagung

a) Die Vorstellung einer Bestrafung ist denn auch in jüngerer Zeit mehr und mehr hinter dem farblosen, weniger exponierten Begriff der Rechtsschutzversagung zurückgetreten. Er besagt etwa, daß demjenigen der Rechtsschutz versagt wird, der sich durch seine rechtlich mißbilligte Leistung außerhalb der Rechtsordnung gestellt hat. Derartige Geschäfte sollen rechtlich überhaupt keine Wirkung zeigen; es soll weder ein Erfüllungszwang bestehen (§§ 134, 138), noch soll eine Rückabwicklung in irgendeiner Weise ermöglicht werden. Für verbotene oder sittenwidrige Geschäfte gewährt der Staat keinen Schutz[1].

b) Dieser Vorstellung folgt heute die wohl herrschende Auffassung in Lehre[2] und Rechtsprechung.[3]

---

1) vgl. etwa die Darstellung bei Larenz II, § 63 III b - "Im Grunde handelt es sich doch wohl um eine Selbstbescheidung,die vernünftig ist".

2) Larenz, a.a.O.; Soergel-Mühl, § 817,5; Staud.-Seufert, § 817, 11 - "erscheint allein sinnvoll"; vgl. weiter Boehmer, Grdlg. I, 60; Heinz Brandt, MDR 1948, 165, 166; Baumgärtel, MDR, 1959, 206; Hammes, JR 1950, 11 ff. (12); schon Lesser, JW 1917, 452 (453); Raiser, JZ 1951, 718 (719), unter Hinweis auf die Lehre vom versari in re illicita oder Handeln auf eigene Gefahr, der seiner Meinung nach die Zukunft gehört; zustimmend insoweit Stegmaier, Diss., 92

3) So schon einige ältere Entscheidungen des Reichsgerichts: RGZ 63, 346 ff.(350); 73, 143 ff.(144); 151, 70 ff.(72) läßt die Frage dahingestellt sein; Dahingestellt auch in BGHZ 8,348 ff.(371); 19, 338 ff.(340); BGH LM zu 12 zu § 817 BGB; vgl. weiter BGH LM 4 zu MRG 1953; BGHZ 35,103 ff. (107); 36, 395 ff.(399); BGH MDR 1965,639(640) - mit einem solchen Makel behaftete Rechtsgeschäfte sollen nicht vor die staatlichen Gerichte gebracht werden;
OLG Celle, Nds.Rpfl. 1949, 56 f.; LG Göttingen, MDR 1951, 161 f.; OLG Braunschweig, NJW 1964, 1279 (1280); ArbG Herne, BB 1966, 453

c) aa) Der Gedanke der Rechtsschutzverweigerung vermeidet zwar den Vorwurf der Strafe als einer dem Zivilrecht wesensfremden Erscheinung, obwohl man sich des Eindrucks nicht immer erwehren kann, daß nur die Begriffe ausgewechselt worden sind[1].

bb) Er vermeidet auch den Vorwurf einer inkonsequenten Ungleichbehandlung der beteiligten Personen[2]. Allerdings sind Äußerungen wie: - "Der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit bleibt bewußt unberücksichtigt"[3] oder ".. nicht die Herbeiführung eines gerechten Ausgleichs (war) beabsichtigt.."[4] - viel zu provokativ, als daß sie nicht die Kritiker herausforderten[5].

cc) Was der Gedanke der Rechtsschutzverweigerung jedoch nicht vermeidet, ist die auch dem Strafgedanken anhaftende Konsequenz, daß er in dieser Form eine Beschränkung auf das Bereicherungsrecht nicht zuläßt. Wenn schon jemandem die Anrufung staatlicher Gerichte versagt wird, weil er sich durch sein Verhalten außerhalb der Rechtsordnung gestellt hat, ist es unerfindlich, warum diese Folge auf den Bereicherungsanspruch beschränkt bleiben soll[6]. Hier würde die vernünftige Selbstbescheidung[7] zu einer durchaus unvernünftigen, wollte sie nicht über das Bereicherungsrecht hinausgehen.

---

1) vgl. auch Esser, 2.Aufl., § 194,1c, der zu Recht auf die Entwicklung des Gedankens der Rechtsschutzverweigerung aus dem Strafgedanken verweist.
2) wie ihn der Strafgedanke auf sich zieht
3) BGHZ 8, 373
4) BGH LM 4 zu MRG 53
5) Bufe, AcP 157,215 spricht von "einer allgemeinen Verwirrung" mit der Konsequenz einer Verweigerung des Rechts, die dem Unrecht freie Bahn lassen würde; erkennt jedoch an: "Das hat der BGH natürlich selber nicht gewollt".
6) vgl. etwa Esser, 2. Aufl., § 194, 1 c (3. Aufl., § 103 IV 2); Raiser, JZ 1951, 719
7) Larenz II, § 63 III b

Es ist daher nur zu verständlich, daß unter Berufung auch auf den Rechtsschutzverweigerungsgedanken dieser Schritt mehrmals vollzogen wurde und heute unter gewissem Aspekt sogar als vorzugswürdige Ansicht dargestellt wird, die in der Literatur immer mehr Anhänger findet[1].

Der Gedanke der Rechtsschutzversagung gibt also auch keine Erklärung dafür, warum es sich bei § 817 S. 2 gerade um eine bereicherungsrechtliche Vorschrift handelt.

4. Der Gedanke der Schuldkompensation

a) Auf Heck zurückzuführen ist der Gedanke der Schuldkompensation.

Danach greift die Rechtsordnung nicht ein, wenn die Interessen, die bei einem Interessenkonflikt gegeneinander abzuwägen sind, gleich wenig schutzwürdig sind. Es besteht dann eine "Gleichgewichtslage", die "Interessenwaage" gibt keinen Ausschlag[2].

Als Zeugen dieser Vorstellung beruft sich Heck u.a. auf den Satz "in pari delicto est melior causa possidentis"[3] oder auf die Redeweise: "Wer im Glashaus sitzt, soll nicht mit Steinen werfen."[4]

---

1) vgl. etwa Medicus, § 27 III 4 c aa - zur Frage der Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber dem Anspruch aus § 985

2) Heck, AcP 124, 32 ff. (33);
vgl. aber auch schon Brinz, Pandekten II, § 302, S. 528 ff. (533): "Im Falle der beiderseitigen turpitudo ist sie (nämlich die repetitio) erst durch eine Art Kompensation oder das commdum possessoris ausgeschlossen" (m.Anm.17 - Dig. Paul. 12,5,8).

3) a.a.O., S. 33;
vgl. zu diesem Satz schon Pfersche, Bereicherungsklagen, 179; v. Vangerow, Pandekten III, § 627, S. 408; Neubecker, Arch.f.Bürgerl.Recht 22,71; v.Tuhr, AcP 120,2, wonach sich über die Richtigkeit dieses Rechtssatzes de lege ferenda streiten läßt.

4) Heck, a.a.O., S. 33

Ausgehend von dem Bild der Waage entwickelt Heck ein im Grunde sehr ansprechendes System, das noch Gegenstand der Erörterung sein wird. Dennoch hat sich der Gedanke der Schuldkompensation[1] nicht durchgesetzt.

b) aa) Die Vorstellung der Schuld erscheint dem Bereicherungsrecht wesensfremd. Insoweit darf auf die Ausführungen im Zusammenhang mit dem Strafgedanken des § 817 S. 1 und § 817 S. 2 verwiesen werden[2][3].

bb) Zu Recht wird weiter als mit dem Schuldgedanken kaum vereinbar angesehen, daß zwar beide sich schuldig gemacht haben, einer der Schuldigen aber - bei Vorleistung des anderen - im Genuß der Leistung bleiben soll[4].

cc) Der Gedanke der Schuldkompensation macht es erforderlich, die Verschuldensgrade gegeneinander abzuwägen[5]. In Frage käme, ähnlich wie bei konsequenter Verfolgung des Strafgedankens, eine - allenfalls analoge - Anwendung des dem Schadensersatz-

---

1) Dafür etwa Leonhard,Bes.Schuldr., § 263,498,499; Schwarz, condictio, 300; Müller,Diss.17 u.22 - Gleichgewichtsurteil entspr.dem röm.Grds.: "in pari turpitudine melior est condicio possidentis";von einer Gleichgewichtslage will auch Obernolte,Diss.,76,77 ausgehen,und zwar soll die durch § 817 S.1 erfolgte besondere "Begünstigung" des Leistenden gegenüber dem Empfänger ausgeglichen werden,wenn ihm selbst ein Verstoß zur Last fällt.

2) s.o.S.8, 44 ff.

3) Im übrigen erscheint auch die Vorstellung Hecks von einem Strafgedanken nicht so weit entfernt. Heck war es,der einen anderen rechtspolitischen Grund als den der Strafe für § 817 S.1 nicht glaubte finden zu können.Heck,a.a.O.,S.33,ist es weiter auch,der keinem den Vorzug geben will,wenn der Geber gleich s t r a f w ü r d i g ist. Die Folge der Strafwürdigkeit - hier:Ausschluß der Rückforderung-kann man doch nur als Strafe bezeichnen.

4) Flume, § 18,10a; Esser,(2.Aufl.)§ 194,1c(ebenso 3.Aufl.,§ 103 IV 2) - nur bei beiderseitig vollzogener Leistung trifft der Ausschluß beide gleich hart;vgl.auch die Bedenken bei Niederländer,Festschr.Gutzwiller, 622, A.6

5) Krit.insoweit Esser, a.a.O.; Larenz II, § 63 III b

recht entstammenden § 254[1]. Heck selbst erwägt diesen Gedanken als wünschenswert[2]. Wie die Lösung tatsächlich aussehen soll und wie sie mit dem Bereicherungsrecht vereint werden kann, bleibt jedoch unklar[3].

dd) Wenn weiter darauf hingewiesen wird, der Gedanke der Schuldkompensation erkläre nicht, wieso bei einseitigem Verstoß des Leistenden, bei turpitudo solius dantis, die Rückforderung ausgeschlossen sei[4], so scheint dieses Argument zunächst treffend zu sein: Bei Verstoß nur des Leistenden kommt die Waage aus dem Gleichgewicht. Dennoch trifft die Kritik Heck zu Unrecht.
Heck hat diesen "Mangel" seiner Kompensationstheorie wohl gesehen. Jedoch stellte er für ihn eher einen Vorzug dar, da er für den Fall der turpitudo solius dantis den Ausschluß der Rückforderung nicht gelten lassen wollte[5].
Jene Kritik kann nur äußern, wer § 817 S. 2 auch bei einseitigem Verstoß des Leistenden eingreifen lassen will. Ob das jedoch gerechtfertigt ist, erscheint sehr fraglich und bedarf noch eingehender Erörterung[6].

ee) Gravierender dürfte hingegen der Einwand sein, daß auch eine konsequente Verfolgung der Schuldkompensation sich nicht auf das Bereicherungsrecht beschränken läßt. Wenn Empfänger und Geber als "gleich

---

1) s.S. 46
2) a.a.O., S. 56
3) Soll die Höhe des Bereicherungsanspr etwa vom Verschulden abhängen?
Eine Abwägung verschieden schwerer Verstöße glaubt OLG Celle, NdsRpfl.1949,56(57) auf Grund des Wortlautes - gleichfalls ein solcher Verstoß - zulassen zu können, ohne daß es jedoch diese gewaltsame Deutung in die Praxis umzusetzen brauchte
4) etwa Esser, 2. Aufl., § 194, 1c (ebenso 3.Aufl., § 103 IV 2 Abs.2); Larenz II, § 63 III b
5) vgl. Heck, a.a.O., etwa S. 2,3,53 ff.
6) dazu weiter unten S. 82 ff.

strafwürdig" angesehen werden, die Rechtsordnung keinem von beiden ihren Schutz gewähren will, muß dieses Urteil absolut gelten. "Wer im Glashaus sitzt, soll nicht mit Steinen werfen"[1], woher auch immer er sie nimmt.[2] Heck befürwortet in bestimmten Fällen die Anwendung des § 817 S.2 gegenüber dem Vindikationsanspruch.[3] Eine Erstreckung auch auf die Deliktsansprüche lehnt er jedoch ab.[4]

Auch der Gedanke der Schuldkompensation vermag also letztlich nicht zu erklären, wieso es sich bei § 817 S. 2 um eine bereicherungsrechtliche Vorschrift handelt.
Insoweit befriedigt keine der drei hier behandelten Theorien.

5. Mischtheorien

a) Diese Bedenken werden auch nicht dadurch ausgeräumt, daß man sich nicht auf einen Gedanken festlegt, sondern eine Verbindung dieser drei genannten rechtspolitischen Gründe annimmt.
Immerhin muß man zugestehen, daß sich diese Lösung

---

1) Heck, a.a.O., S. 33
2) Ausgehend von dem Gleichgewichtsgedanken Hecks lehnt Becker, NJW 1952, 53 (54), die Erstrekkung des § 817 S. 2 auf andere Ansprüche ab, da der Delikts- bzw. Vindikationsgläubiger ein "Übergewicht" habe (Schutzfunktion der §§ 823 ff., 985 ff.). Diese Auffassung vermag zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zu befriedigen.
3) Heck, a.a.O., S. 6 Anm. 15 setzt sich mit der Frage am Rande auseinander. In seiner späteren Darstellung "Grundriß des Schuldrechts" (1929), § 144 IV und § 142, 12, 13 erwähnt er sie nicht, sondern lehnt die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf Eigentumsansprüche einschränkungslos ab.
4) a.a.O., S. 57 Anm. 119

infolge ihrer größeren Flexibilität dem Vorwurf zu großer Einseitigkeit entzieht.[1)]

b) Unbefriedigender noch sind die Versuche, die Vorschrift unter dem Aspekt von Treu und Glauben, dem Gedanken der Billigkeit anzuwenden[2)]. Eine dogmatisch saubere Abgrenzung ist hier nicht mehr möglich. Es wäre von Einzelfall zu Einzelfall zu entscheiden, ob die jeweilige Lösung mit den Grundsätzen von Treu und Glauben übereinstimmte, ob sie "billig" wäre. Der Regelung des § 817 S. 2 bedürfte es wohl kaum noch.
Diese Vorstellung muß daher ebenso entschieden abgelehnt werden wie die Auffassung, das Bereicherungsrecht sei ein in besonderem Maße der Billigkeit unterliegendes Rechtsgebiet, wie sie noch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nachzuweisen ist[3)].

6. Essers bereicherungsrechtlicher Lösungsversuch

a) Wegen der de lege lata nicht zu billigenden Konsequenz einer Ausdehnung des § 817 S. 2 auf die An-

---

1) vgl.Niederländer,Festschr.Gutzwiller, 622, "Man wird der Regel mit einer monokausalen Erklärung nicht gerecht." Nach Niederländer sollen die folgenden Gedanken § 817 S. 2 zugrunde liegen:
- der Gedanke,daß niemand aus eigener turpitudo Rechte ableiten kann;
- der Gedanke der Rechtsschutzversagung;
- der Gedanke des venire contra factum proprium;
- der Gedanke der Deliktsvermeidung.
Vgl.auch Stegmaier,Diss.,54, wonach sich der Rückforderungsausschluß auf eine Einheit stützt, die aus Gedanken an eine vorbeugende Maßnahme, Interessenschutz und Strafzweck besteht.

2) vgl. Enneccerus-Lehmann, § 226, 4; Lobe, Recht 1934, 8 ff.

3) BGH LM 1 zu § 817, "Die Bereicherungsansprüche gehören zudem dem Billigkeitsrecht an und stehen deshalb in besonderem Maße unter dem Grundsatz von Treu und Glauben".

sprüche aus §§ 985, 823 bei Zugrundelegung eines Straf- oder Rechtsschutzverweigerungsgedankens bemüht sich Esser um den Versuch einer bereicherungsrechtlichen Lösung.[1)]
Danach soll § 817 S. 2 eine Leistungskondiktion unterbinden, die zwar den unberechtigten Vermögensvorteil des Empfängers beseitigen, dafür aber auf Seiten des Leistenden = Kondiktionsgläubigers einen Vermögensvorteil schaffen würde, der gleichfalls nicht berechtigt wäre. Diese Leistungskondiktion würde das "perverse" Ergebnis haben, einen unrechtmäßigen Zustand nicht zu beseitigen, sondern zu verlagern.[2)]

b) Es ist Esser zuzugeben, daß auf diese Weise der Ausdehnung des Ausschlusses der Rückforderung eine Grenze gesetzt wäre.[3)]
Offen bleibt hingegen einerseits die Frage, warum der durch die Rückforderung geschaffene Zustand ein unrechtmäßiger ist. Die Berufung lediglich auf den Schutzzweck des verletzten Gesetzes- oder Sittenverbotes erscheint zu allgemein, um zu überzeugen. Unbefriedigender noch ist zum anderen, daß ein rechtswidriger Zustand, eine rechtswidrige Vermögensposition gleichsam auf alle Zeiten sanktioniert

---

1) Esser, 2. Aufl., § 194, 1 c (ebenso 3. Aufl., § 103 IV 2 Abs. 2)
2) Esser, a.a.O.
3) 2. Aufl., a.a.O. - in der 3. Aufl., a.a.O. erwähnt Esser diese Konsequenz seiner bereicherungsrechtlichen Lösung nicht mehr ausdrücklich - möglicherweise aus gutem Grund, da er sich hier (§ 103 IV 3 Abs. 2) erstmals für eine Ausdehnung des § 817 S. 2 auch auf den Herausgabeanspruch gem. § 985 einsetzt, und zwar bei Nichtigkeit der Eigentumsübertragung. Das ist um so bemerkenswerter, als Esser die "alle Vorwürfe" vermeidende Theorie der Rechtsschutzverweigerung, gerade deshalb ablehnt, weil sie die Einordnung des § 817 S. 2 in das Bereicherungsrecht nicht erklärt.

wird. Es drängt sich doch zumindest der Gedanke auf, zur Eliminierung dieses Zustandes etwa eine Einziehung des verpönten Vermögensvorteils anzuordnen.[1] Die permanente Anerkennung eines rechtswidrigen Zustandes durch die Rechtsordnung würde wiederum eine "Selbstbescheidung" darstellen, die man wohl besser als "resignierend" denn als "vernünftig" bezeichnet.
Das aber kann nicht Sinn des Ausschlusses der Rückforderung sein. Die Lösung Essers befriedigt daher auch nicht restlos.

7. Eigene bereicherungsrechtliche Begründung

a) Bei der Frage nach dem rechtspolitischen Grundgedanken der condictio ob turpem rem hatten wir entscheidend darauf abgestellt, daß es sich bei dem Anspruch um einen B e r e i c h e r u n g s anspruch handelt, und zwar um einen Fall der Leistungskondiktion.[2] Es soll daher auch bei der Frage nach dem Sinn des Ausschlusses der condictio ob turpem rem versucht werden, von dem Grundgedanken der Leistungskondiktion und von den Parallelregelungen her eine Deutung zu gewinnen.

Erinnern wir uns an das oben skizzierte, allen Leistungskondiktionen zugrundeliegende Prinzip: Eine Leistung wird hingegeben. Diese Vermögensverschiebung verfolgt notwendigerweise einen bestimmten Zweck, denn "zweckfreie" Zuwendungen sind nicht denkbar[3]. Anknüpfungspunkt - alleiniger Anknüpfungspunkt - für die Frage der Rechtfertigung der erfolgten Vermögensverschiebung ist das Kriterium der Zweckerreichung.

---

1) Ein Gedanke, der im Rahmen der Diskussion um § 817 S. 2 durchaus eine Rolle spielt, s.S. 225ff.
2) s.o.S.6
3) s.o.S.6,9 f.; vgl.Schwarz, condictio, S. 225

Wird der vereinbarte Zweck erreicht, scheidet eine Rückforderung aus, also bei Erlöschen der in Frage stehenden Verbindlichkeit durch Erfüllung oder bei Eintritt des bezweckten speziellen Erfolges.

Wird der Zweck hingegen nicht erreicht, kann das Zugewendete als ungerechtfertigt geleistet zurückgefordert werden.
Hiervon macht nun § 817 S. 1 scheinbar eine Ausnahme, da trotz - anscheinender - Zweckerreichung die Rückforderung gestattet wird. Tatsächlich fehlt aber eine **w i r k s a m e** Zweckvereinbarung[1].

Anders ausgedrückt, greift der bereicherungsrechtliche Ausgleich immer dann ein, wenn sich die "Erwartungen", die der Leistende an die Leistung geknüpft hat, nicht erfüllen. Dabei sind unter "Erwartungen" nicht irgendwelche Motive, sondern nur die rechtlich relevanten - nämlich wirksam vereinbarten - Zuwendungszwecke zu verstehen.
Insoweit kann man die Leistung veranschaulichend als mit einem "Vorbehalt" behaftet ansehen: wird der vereinbarte Zweck nicht erreicht, fordere ich die Leistung von Dir, Empfänger, zurück.[2]
Steht aber von vornherein für den Leistenden fest, daß der Zweck, den zu verfolgen er vorgibt, gar nicht eintreten kann, weil
- die Verbindlichkeit, die er erfüllen will, nicht besteht,
- der Eintritt des bezweckten speziellen Erfolges unmöglich ist,

ist schlechthin nicht einzusehen, warum jetzt noch

---

1) s.o.S. 11 f.
2) vgl. Simonius, Festschrift f. Lewald, S. 168, S. 173; vgl. auch Schwarz, condictio, 227, wonach es eines solchen ausdrücklichen "Vorbehaltes" nicht bedarf, da die entstandene Änderung der Vermögenslage ohnehin nur in der Erreichung des vereinbarten Geschäftszweckes ihre Rechtfertigung hat.

ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich erfolgen soll. Eine "enttäuschte Erwartung" kann nicht vorliegen, da der Leistende wußte, daß dieser Zweck nicht würde erreicht werden können. Ein dahingehender "Vorbehalt" ist unerheblich[1].

Welchen Zweck er tatsächlich verfolgt haben mag, sei es eine Schenkung, sei es etwas anderes, ist gleichfalls unerheblich. Entscheidend ist, daß es sich um eine w i l l e n t l i c h e Leistung zu einem vorgegebenen Zweck gehandelt hat, der nicht erreichbar war. Hierin liegt die Rechtfertigung für das Behaltendürfen des Empfängers. Es liegen also zwar Entreicherung und Bereicherung vor, die Bereicherung ist gegenüber dem Entreicherten aber nicht ungerechtfertigt, da sie mit dessen Willen erfolgt ist.[2]

Das Festhalten des Leistenden an dem von ihm verbindlich geäußerten Willen läßt sich letztlich auf das Prinzip der Vertrags- und Verfügungsfreiheit zurückführen, das unser Zivilrecht beherrscht[3].

b) Für die condictio indebiti und die condictio ob rem hat dieser Gedanke seinen Ausdruck in den §§ 814, 815 gefunden.

Der Zweck, zu dem im Rahmen des § 817 S. 2 geleistet worden ist, kann - zum Unterschied von der condictio ob rem - zwar tatsächlich erreicht werden, kann aber

---

1) Simonius, a.a.O., S.172 - "Wird aber später nachgewiesen, daß er den Nichtbestand der Schuld kannte, entpuppt sich sein Vorbehalt als bloßer Schein, und der accipiens darf ihn jetzt bei seinem wirklichen Verhalten behaften."

2) Über die Funktion der "scientia" im klassischen römischen Recht vgl. Schwarz, a.a.O., S. 294 ff., wo auf die deliktischen Hintergründe der condictio verwiesen wird - "aus dem Gedanken der Haftung für widerrechtlichen Eingriff (folgt), daß durch Wissen des Gebers diese Haftung ausgeschlossen wird." S. 294.

3) Simonius, a.a.O., S. 173

infolge seiner grundsätzlichen Mißbilligung keine rechtlichen Wirkungen zeigen. Ein entsprechender "Vorbehalt" des Leistenden muß unbeachtlich bleiben. Er w e i ß , daß d i e s e r Erfolg wegen seiner Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit nicht eintreten darf.
Wir haben hier eine Gleichstellung von "rechtlicher Unmöglichkeit" - bedingt durch den Gesetzes- oder Sittenverstoß - und tatsächlicher Unmöglichkeit.
§ 815 schließt die Rückforderung aus, weil der Leistende wußte, daß der angestrebte Erfolg nicht eintreten k o n n t e , § 817 S. 2, weil er wußte, daß er nicht eintreten d u r f t e [1].
Wenn schon auf einen allgemeinen Rechtsgedanken zurückgegriffen werden soll, so scheint der Satz: "in volentem non fit iniuria" am ehesten den rechtspolitischen Grundgedanken des Rückforderungsausschlusses wiederzugeben.[2]
Entscheidend ist also, daß eine willentliche Zuwendung zu einem unmöglichen Zweck vorliegt. Der "Rückforderungsvorbehalt" ist unbeachtlich, da die Frage der Rückforderung mit diesem Zweck nicht verknüpft werden durfte. Eine auszugleichende ungerechtfertigte Vermögenslage ist nicht gegeben.

c) Mit der Anknüpfung an das neutrale Moment des Wissens um die Unerheblichkeit des vereinbarten Zwecks sind unseres Erachtens die unliebsamen Folgen der Straf-, Rechtsschutzversagungs-, Schuldkompensationstheorien weitgehend vermieden. Auf ein Verschulden im Sinne einer Vorwerfbarkeit kommt es nicht an. Damit entfällt auch ein Bedürfnis nach

---

1) Schwarz, a.a.O., S. 300 "Wissen davon, daß die Voraussetzung sich nicht erfüllen darf, schließt die condictio ebenso aus wie in jenen Fällen das Bewußtsein davon, daß sie sich nicht erfüllen kann".
2) vgl. Schwarz, a.a.O., S. 294

Abwägung der subjektiven Verhaltensweisen, entscheidend ist allein die Kenntnis des Leistenden.

Es entfällt weiter die Gefahr, schon vom rechtspolitischen Grundgedanken her eine Ausweitung des Ausschlusses der Rückforderung vornehmen zu müssen. Anders als im Bereicherungsrecht, in dem das entscheidende Kriterium die nicht voraussehbar fehlgeschlagene zweckgebundene Zuwendung ist, knüpfen etwa der Herausgabeanspruch des Eigentümers oder der Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung an gänzlich andersartige Tatbestände an.

§ 817 S. 2 fügt sich somit auch vom rechtspolitischen Grundgedanken her in das System der Leistungskondiktionen ein.

II. Der objektive Tatbestand

a) "Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt,..".
Aus der Anknüpfung ".. gleichfalls ein solcher Verstoß..", die sich unzweifelhaft an § 817 S. 1 anschließt, ergibt sich, daß die dort hinsichtlich des objektiven Tatbestandes angeführten Voraussetzungen hier entsprechend vorliegen müssen[1]. Es muß also ein Leistungsverhältnis zwischen Leistendem und Empfänger vorliegen, dabei muß der Zweck der Leistung in der Weise bestimmt sein, daß der Empfänger durch die Annahme, der Leistende durch die Hingabe gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt. Die Begriffe "gesetzliches Verbot" und "gute Sitten" sind identisch mit den in §§ 134, 138 verwandten Begriffen[2].

---

1) Esser, 2. Aufl., § 194, 4a (3. Aufl., § 103 IV 1); Erman-Seiler, § 817, 3 b
2) s.o.S. 13 f.

b) Im Rahmen des objektiven Tatbestandes des § 817 S. 2 werden allerdings in Praxis und Lehre gewichtige Einschränkungen gemacht. So soll nicht jeder Gesetzesverstoß die Rückforderung ausschließen. Vielmehr will man je nach dem S c h u t z - z w e c k des Verbotsgesetzes über die Anwendung des § 817 S. 2 entscheiden. Es soll auch nicht jede Leistung von dem Ausschluß erfaßt werden, sondern nur die Leistungen, die e n d g ü l t i g in das Vermögen des Empfängers überzugehen bestimmt waren - Stichwort: Darlehen.
Da diese "Manipulationen" am Leistungsbegriff beziehungsweise am Begriff des gesetzlichen Verbots in den großen Zusammenhang der Versuche gehören, unliebsame oder als ungerecht angesehene Auswirkungen der Ausschlußklausel durch eine einschränkende Auslegung abzuwenden, werden sie auch in diesem Rahmen behandelt werden.
Grundsätzlich ist demnach hinsichtlich des objektiven Tatbestandes festzustellen: Es muß eine Leistung vorliegen, deren Zweck in der Weise bestimmt ist, daß der Empfänger durch die Annahme, der Leistende durch die Hingabe gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.

III. Der subjektive Tatbestand

1. a) Die Frage nach dem Erfordernis eines subjektiven Tatbestandes ist nur zu beantworten von der jeweiligen rechtspolitischen Ausgangslage her, die der Beurteiler einnimmt[1].

b) Wer der Auffassung ist, daß der Ausschluß der Rückforderung ersichtlich als Strafe für eine an den Tag gelegte verwerfliche Gesinnung gedacht ist[2], kann gar nicht anders, als einen subjektiven Tat-

---

1) s.o.S. 8, 14
2) so die Formulierung in RGZ 95, 349

bestand zu verlangen. Konsequenterweise vertreten daher die oben[1] angeführten Verfechter des Strafgedankens ohne Ausnahme die Auffassung, daß die bloß objektive Mißbilligung der Leistung hinsichtlich des Leistenden nicht ausreicht. Die Erfordernisse, die an den subjektiven Tatbestand gestellt werden, sind allerdings nicht einheitlich[2].

c) So wird etwa die bewußte Zuwiderhandlung des Leistenden verlangt, die bei bloßer Kenntnis des äußeren Tatbestandes, aus dem sich der Gesetzesverstoß oder die Sittenwidrigkeit ergibt, noch nicht vorliegen soll[3]. Man fordert Bewußtsein der Sittenwidrigkeit.[4] Für den Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ist angeblich maßgebend das Bewußtsein, gegen dieses Verbot verstoßen zu haben. Dabei soll nicht unbedingt Kenntnis einer b e s t i m m t e n gesetzlichen Vorschrift erforderlich sein, vielmehr genügen das Wissen des Leistenden, gegen ein ihm im allgemeinen bekanntes Verbot verstoßen zu haben.[5] Man bedient sich weiter des Begriffs der Verwerflichkeit[6], der wiederum präzisiert wird etwa als das Bewußtsein der Verbotswidrigkeit beziehungsweise als das Bewußtsein, unsittlich zu handeln[7].

Es liegt nahe, daß die Vertreter eines Strafgedankens auch fahrlässiges Handeln als ausreichend er-

---

1) s.o.S. 43
2) Die gleiche Erscheinung ist uns bei der Auswirkung des Strafgedankens auf den subjektiven Tatbestand des § 817 S. 1 begegnet, s.S. 14
3) Planck-Landois, § 817, 5d
4) RGRK-Scheffler, § 817,11 - dort zwar für § 817 S.1 ausgesprochen, nach dem Gesamtzusammenhang aber auch für S. 2 geltend.
5) RGRK-Scheffler, a.a.O., die Definition deutet auf den fahrlässigen Verstoß hin.
6) Erman-Seiler, § 817, 1 c; RGRK-Scheffler, § 817, 17
7) Erman-Seiler, a.a.O.

achten, die Rückforderung auszuschließen. Fahrlässige Unkenntnis eines Verbotsgesetzes soll etwa dann ausreichen, "... wenn es sich um einen so hohen Grad von Fahrlässigkeit handelt, daß sie unter dem Gesichtspunkte des Satzes 2 dem Vorsatz gleichgestellt werden muß"[1], oder wenn es sich um grobe Fahrlässigkeit handelt[2], was mit der vorhergehenden Definition übereinstimmen dürfte.

d) Wie die Lehre hat auch die dem Strafgedanken anhängende ältere Rechtsprechung - insbesondere die des Reichsgerichts - stets auf das Erfordernis eines subjektiven Tatbestandes abgestellt.
Ausgehend von der zu treffenden verwerflichen Gesinnung wurde das Bewußtsein für erforderlich gehalten, verbots- oder sittenwidrig zu handeln, das Bewußtsein von der Verwerflichkeit der Zweckbestimmung der Leistung.[3] Gerade das innere Tatbestandsmerkmal sollte es dieser Ansicht nach rechtfertigen, "daß der Gesetzgeber dem Leistenden einen Anspruch nimmt, der ihm durch die sachliche Sitten- oder Verbotswidrigkeit mit der entsprechenden Folge der Nichtigkeit des Geschäfts gerade entstanden ist"[4].
Die in einer frühen Entscheidung vereinzelt für den Fall des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot vertretene gegenteilige Auffassung[5] wurde später

---

1) Planck-Landois, § 817, 5 d - der Gesichtspunkt des S.2 ist aber der der Strafe, Planck-Landois, § 817, 5 a
2) Erman-Seiler, § 817, 1 c
3) RGZ 95,347 ff.(349); RG WarnRspr. 1921, Nr.59; RGZ 104, 50 ff.(54); 105, 270 ff.(272); 127, 276 ff.(279); RG JW 1931, 1924(1925); RGZ 151,70 ff. (73)
4) RGZ 151, 73
5) RGZ 72, 46 ff. (49) - es handelte sich um einen Verstoß gegen den damaligen § 181,3 KO: Bevorzugung einzelner Gläubiger.Das RG verzichtete allerdings auch hier nicht gänzlich auf ein subjektives Moment,wenn es feststellte,daß die Beteiligten = Leistenden das Bewußtsein gehabt hätten, dem Empfänger der Leistung (Gläubiger) eine Be-

aufgegeben[1].

Grobe Fahrlässigkeit wurde vereinzelt als ausreichend erachtet bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, da andernfalls sich jemand in völliger Gleichgültigkeit gegen gesetzliche Vorschriften handelnd darauf berufen könne, ihm sei der Tatbestand des Verbots nicht bewußt geworden[2]. Leichte Fahrlässigkeit sollte hingegen nicht ausreichen[3].

Interessanterweise erwog das Reichsgericht[4] darüberhinaus eine sinngemäße Anwendung des § 827. Es handele sich bei dem Ausschluß der Rückforderung zwar nicht um Schadensersatz, wohl aber um Rechtsfolgen eines schuldhaften Verhaltens. Dieses Verhalten könne dem Leistenden nicht zugerechnet werden, wenn auf Grund seines Geisteszustandes das Bewußtsein von der Verbotswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen gewesen sei.[5]

e) Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Instanzgerichte setzt, soweit sie zumindest auch von einem Strafgedanken ausgeht[6], einen subjektiven Tatbestand voraus[7]. Beherrschend ist da-

---

vorzugung vor den übrigen Konkursgläubigern zu gewähren.
Damit rückt die Entscheidung in die Nähe der Auffassung, wonach das Bewußtsein des Leistenden ausreicht, gegen eine ihm im a l l g e m e i n e n bekannte Vorschrift verstoßen zu haben (s.S.62, Anm. 5)

1) RGZ 95, 347 ff.(349); 105, 270 ff.(272)
2) OLG Kiel, JW 1923,1047 prägt den Ausdruck - unverantwortliche Sorglosigkeit -, zustimmende Anmerkung Oertmanns ebenda
3) KG JW 1938, 2144
4) RGZ 105, 270 ff. (272)
5) zustimmend Erman-Seiler, § 817, 1 c; Achilles-Greiff-Brüggemann, § 817, 2 d
6) s.o.S.44
7) vgl.etwa BGH LM 12 zu § 817 BGB - vorsätzlicher Verstoß gegen die guten Sitten; LM 4 zu § 1 a KWVO - verwerfliches Handeln; BGHZ 39,87 ff.(91); LG Münster,MDR 1949,680(681) - das Bewußtsein, unsittlich zu handeln und:bewußt verwerfliches Handeln; OLG Braunschweig,HEZ 2,177(178) - bewußte Nichtachtung; OLG Frankfurt,HEZ 2,179 - wenn sich der Leistende bei der Leistung des Verstoßes gegen die guten Sitten bewußt war.

bei die Überlegung, daß andernfalls der Ausschluß der Rückforderung mit seinen unter Umständen schwerwiegenden Folgen nicht zu rechtfertigen sei.

2. a) Für den Gedanken der Rechtsschutzversagung kann in Bezug auf den subjektiven Tatbestand nichts anderes gelten als für den Gedanken der Strafe. Eine Rechtsschutzversagung ist nur gerechtfertigt, wenn dem Handelnden ein Vorwurf aus seinem Verhalten gemacht werden kann, wenn ein "Verschulden" vorliegt.

b) Auch hier ist festzustellen, daß die an der Rechtsschutzversagung orientierte neuere Lehre konsequent verfährt und das Erfordernis eines subjektiven Tatbestandes aufstellt. Verlangt wird etwa Vorsatz[1], ein bewußter Verstoß[2], Bewußtsein der Unsittlichkeit[3], Kenntnis oder Kennenmüssen des Verbots[4].

Ähnliche Formulierungen finden wir in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Instanzgerichte[5].

---

1) Hammes, JR 1950, 11 ff. (14)
2) von Caemmerer, SJZ 1950, Sp. 646 ff. (649/650)
3) Krause-Dünow, JR 1960, 5 ff. (6)
4) Larenz II, § 63 III b - ausgehend von dem Begriff der Vorwerfbarkeit; vgl. weiter Soergel-Mühl, § 817, 14 - Kennen oder Kennenmüssen des gesetzlichen Verbots genügt; Enneccerus-Lehmann, § 226, 2 c - Kenntnis der guten Sitten versteht sich von selbst - Verweis auf JW 1931, 1924, krit. Anm. Lehmann zur Entscheidung des RG ebenda: danach soll - entgegen RG - Kenntnis der Tatsachen ausreichen, die ein Handeln als sittenwidrig charakterisieren.
Schon Lesser, JW 1917, 452 f. verlangte subjektives Verschulden, verwerfliche Gesinnung.
5) vgl. etwa BGH LM 12 zu § 817 BGB; BGHZ 50, 90 ff. (92) - Es genügt nicht der objektive Verstoß. Der Gläubiger muß sich dieses Verstoßes bewußt gewesen sein und ihn trotzdem gewollt haben. LG Göttingen, NJW 1953, 225; LAG Bremen, BB 1966, 271

3. Die Theorie der Schuldkompensation schließlich gibt schon in ihrer Bezeichnung zu erkennen, daß sie den subjektiven Tatbestand für den Ausschluß der Rückforderung bei beiderseits mißbilligter Leistung voraussetzt. Wer die verwerfliche Handlung des Empfängers durch die verwerfliche Handlung des Leistenden aufwiegen will, geht per definitionem von einem "Verschulden" aus.
Heck präzisiert diesen Begriff nicht[1]. Auch andere sprechen von Verschulden, ohne näher darzulegen, welcher Grad des Verschuldens erforderlich beziehungsweise ausreichend sein soll[2]. Es bleibt offen, ob etwa Fahrlässigkeit, leichte oder grobe, genügt oder ob Vorsatz verlangt werden muß.

4. Das Erfordernis eines subjektiven Tatbestandes stellt Esser in Frage.[3] Ausgehend von dem Grundgedanken, daß § 817 S. 2 weder Strafzweck hat noch den Rechtsschutz versagen will, vielmehr die bloße Verlagerung eines unrechtmäßigen Zustandes vermeiden will, hält er es für richtiger, einen subjektiven Tatbestand nur dort zu verlangen, wo er zur Begründung des Gesetzes- oder Sittenverstoßes erforderlich ist. Andernfalls seien Sachverhalte denkbar, in denen § 817 S. 2 mangels Vorwerfbarkeit nicht angewandt werden können, obwohl der Schutzzweck des Verbotsgesetzes das Verbleiben der Leistung beim Empfänger verlange.[4]

---

1) AcP 124, 32,33 - "Strafwürdigkeit, Verwerflichkeit, Verschulden" auch in "Grundriß des Schuldrechts", § 142 Nr.11 ff., 144 IV, findet sich keine genauere Definition.
2) vgl. etwa Leonhard, Bes.Schuldr., § 263
3) Esser, 2. Aufl., § 194, 4 b noch vorsichtig: "dürfte es richtiger sein..";
in der 3. Aufl., § 103 IV 1 u. 2 Abs.3, 103 III I läßt Esser den objektiven Verstoß genügen. Das ändert freilich nichts an seinem Eingeständnis, (2.Aufl., § 194, 4 b), daß bei Gesetzeswidrigkeit regelmäßig, bei Sittenwidrigkeit stets ein entsprechendes Bewußtsein angenommen werden kann.
4) Esser, 2. Aufl., § 194, 4 b

5. a) Doch auch unter Zugrundelegung des oben[1] angeführten Versuchs einer eigenen bereicherungsrechtlichen Begründung kann auf einen subjektiven Tatbestand nicht verzichtet werden, obwohl sich das aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht ohne weiteres ergibt.

Sieht man die Rechtfertigung des Rückforderungsausschlusses darin, daß eine Leistung b e w u ß t zu einem Zweck erfolgt, der wegen seiner Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit einen Rechtsgrund nicht darstellen kann, so ist darin gleichzeitig inbegriffen, daß der Leistende in K e n n t n i s des Verstoßes handeln muß. Die Gründung des Rückforderungsausschlusses auf das von moralischen Wertungen freie Moment der K e n n t n i s bietet Vorteile für die Abgrenzung von Zweifelsfällen.

b) aa) Der Begriff des Verschuldens, der von leichter Fahrlässigkeit bis hin zum vorsätzlichen, verwerflichen Handeln sehr unterschiedliche Begehungsformen umfaßt, enthält, wie schon die reichhaltige Terminologie zeigt, ein starkes Moment der Unsicherheit.
"Verwerfliches Handeln, schmähliche Gesinnung, Unwürdigkeit" - solche Vorstellungen sind dem Bereicherungsrecht fremd. Sie sollten daher aus der Diskussion über den Ausschluß der Rückforderung tunlichst herausgehalten werden, will man nicht Gefahr laufen, zu einer mit der Aufgabe des Bereicherungsrechts in keinem Zusammenhang stehenden moralischen Inkriminierung zu kommen.

bb) Der neutrale Begriff der Kenntnis vermeidet diese Vorwürfe.
Er verführt auch nicht dazu, Deliktsfähigkeit des Leistenden zu verlangen.[2] Die Unzurechnungsfähigkeit schließt die Haftung im Schadensersatzrecht

---

1) s. S. 56 ff.
2) s.o.S. 64

aus, im Bereicherungsrecht ist die Vorschrift des § 827 nicht anwendbar. Das zeigt sich zum Beispiel daran, daß die mit ihr verknüpfte Vorschrift des § 829, die die nicht unerheblichen Folgen des § 827 abfängt, auf den Bereicherungsanspruch nicht übertragen werden kann.[1)]
Davon zu trennen ist die Frage, ob nicht infolge der verminderten Einsichtsfähigkeit das Vorliegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verneint werden muß beziehungsweise Kenntnis von einem derartigen Verstoß nicht angenommen werden kann. In diesem Fall ist für die Anwendung des § 817 S. 2 ohnehin kein Raum.

cc) Aus dem Verzicht auf den terminus "Verschulden" folgt, daß bloße fahrlässige Verbotsverletzung für den Ausschluß der Rückforderung des Geleisteten keine Bedeutung haben kann[2)]. Für die entsprechenden Regelungen der §§ 814, 815 ist es als selbstverständlich anerkannt, daß nur K e n n t n i s von dem Nichtbestehen der Verbindlichkeit beziehungsweise von der Unmöglichkeit des Erfolgseintritts die Kondiktion ausschließt, b l o ß e Z w e i f e l nicht genügen[3)].

dd) Eine weitere Konsequenz ist hinsichtlich des Verstoßes gegen die guten Sitten zu ziehen insoweit, als bloße Kenntnis der Umstände, die das Geschäft zu einem sittenwidrigen machen, nicht genügen kann[4)]. Vielmehr muß hinzukommen die Kenntnis des Leistenden von dem sich aus diesen Umständen ergebenden

---

1) Etwa Rückgabe der Bereicherung in angemessener Höhe ?
2) vgl. etwa auch BGH LM 12 zu § 817 BGB; BGHZ 50, 90 ff.(92); LG Münster, MDR 1949, 680 ff.(681); LAG Bremen, BB 1963, 271
3) Erman-Seiler, § 814, 2 u. 815, 2; RGRK-Scheffler, § 814,4 u. § 815,6; RGZ 154, 385 ff. (396/397)
4) Soergel-Siebert-Mühl, § 817, 19

Verstoß, also die Kenntnis von der Nichtanerkennung des angestrebten Zweckes durch die Rechtsordnung[1]. Auch hier soll darauf hingewiesen werden, daß diese Frage zu trennen ist von der Frage, inwieweit ein subjektives Tatbestandsmerkmal als Voraussetzung nicht des Ausschlusses der Rückforderung, sondern des Verstoßes gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot selbst verlangt werden muß.[2] Es kann - zumindest theoretisch - der Fall eintreten, daß zwar ein objektiver Sittenverstoß vorliegt, die Rückforderung der Leistung aber mangels Kenntnis von diesem Verstoß nicht ausgeschlossen ist[3].

Die Befürchtung, daß auf diese Weise "das härtere Gewissen und das gröbere Moralempfinden" prämiiert werden[4], kann nicht geteilt werden. Diese Argumentation ist recht eigentlich nur von dem ihr letztlich zugrundeliegenden Strafgedanken aus zu verstehen, dessen Unhaltbarkeit wohl erwiesen sein dürfte.[5]

Im übrigen wird sich der Streit auf theoretische Erörterungen und Grenzfälle beschränken, denn zu Recht wird von Vertretern beider Richtungen darauf verwiesen, daß Kenntnis der guten Sitten regelmäßig vorliegt.[6]

---

1) so auch die h.M., vgl. statt aller Erman-Seiler, § 817, 1 c
2) s.o.S. 18 ff.
3) Darauf weist richtig Erman-Seiler, § 817, 1 c hin
4) Lehmann, Anm. zu RG JW 1931, 1924
5) Dieser Gedanke mutet an wie eine Übernahme des Begriffs der Lebensführungsschuld, der im Strafrecht insbesondere von Mezger entwickelt wurde, ins Zivilrecht; er wird schon im Strafrecht von der h.M. scharf abgelehnt, vgl. Baumann, AT, § 23, III, 1 a.
6) Erman-Seiler, § 817,1c; Esser, 2.Aufl., § 194,4b; RGRK-Scheffler, § 817,15; Soergel-Mühl, § 817,19; Lehmann, JW 1931,1924 - Die Kenntnis der guten Sitten versteht sich von selbst" - der dort vom RG entschiedene Fall war durchaus ein Grenzfall. Larenz II, § 63 III b - bei Sittenwidrigkeit liegt Kennenmüssen stets vor.

ee) Auch die Bedenken Essers, bei Forderung eines subjektiven Tatbestandsmerkmals seien Fallgestaltungen denkbar, in denen die Leistung zurückgefordert werden könne, obwohl der Schutzzweck des verletzten Verbotsgesetzes ihr Verbleiben beim Empfänger fordere, können nicht geteilt werden[1].
Beispiele für derartige Schutzgesetze werden nicht angeführt. Wenn aber ein Verbotsgesetz nach seinem Schutzzweck das Verbleiben der Leistung beim Empfänger fordert, muß das dahin gedeutet werden, daß entsprechende Empfängerinteressen geschützt werden sollen. Dann aber erscheint es fraglich, ob man überhaupt von einem Verstoß auch des Empfängers reden kann - gegen ein Gesetz, das ihn schützen will -, oder ob nicht gar das der Leistung zugrundeliegende Rechtsgeschäft besser als gültig angesehen wird.
In beiden Fällen ist für einen Ausschluß der Kondiktion beziehungsweise für eine Kondiktion überhaupt kein Raum.

ff) Es ist anzuerkennen, daß durch die Beschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 auf bewußte Verstöße berechtigter Kritik die Spitze abgebogen ist[2]. Klargestellt werden muß jedoch, daß Kenntnis nicht verlangt wird, u m berechtigter Kritik die Spitze abzubiegen[3].
Dieses Mißverständnis klingt in einigen Entscheidungen der jüngeren Zeit an[4].

---

1) Esser, 2. Aufl., § 194, 4b
2) von Caemmerer, SJZ 1950, Sp. 646 ff.(650)
3) Was von Caemmerer damit nicht unterstellt werden soll.Er kommt in konsequenter Verfolgung des Gedankens der Rechtsschutzverweigerung zu der Beschränkung der Anwendung des § 817 S.2 auf bewußte Verstöße.
4) vgl.etwa BGH LM 12 zu § 817 BGB - "..jedenfalls ist wegen der schweren und harten Folgen für den Gläubiger stets erforderlich,daß dieser vorsätzlich gegen die guten Sitten verstoßen hat. Nach LAG Bremen, BB 1963,271,läßt sich die Rechtsfolge des § 817 S.2 in rechtsstaatlicher Sicht nur rechtfertigen,wenn der Leistende in Kenntnis der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit seines Tuns gehandelt hat.

Hierbei handelt es sich nur um eine F o l g e des aus dem oben dargelegten rechtspolitischen Grundgedanken hergeleiteten Ergebnisses, n i c h t um seine V o r a u s s e t z u n g .

gg) Zusammenfassend läßt sich sagen:
Der Ausschluß der Rückforderung des Geleisteten gemäß § 817 S. 2 setzt grundsätzlich voraus, daß der Leistende in K e n n t n i s des Verstoßes des mit der Leistung verfolgten Zwecks gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten gehandelt hat.
"Verschulden" im Sinne einer Vorwerfbarkeit wird nicht gefordert. Fahrlässigkeit, leichte oder grobe, genügt ebensowenig wie bloße Kenntnis der Tatumstände, aus denen sich der Verstoß ergibt.

IV. Anwendungsgebiet des Rückforderungsausschlusses im Bereicherungsrecht.

1. a) Ein weiteres Problem des § 817 S. 2 ist die Frage nach dem Anwendungsgebiet im Bereicherungsrecht, seinem Verhältnis zu anderen Leistungskondiktionen. Bei der Untersuchung dieses Problems wird sich zeigen, daß eine merkwürdige Tendenz besteht, § 817 S. 2 trotz aller Bedenken gegen seine Berechtigung und trotz der Überzeugung, daß er in seiner gegenwärtigen Gestalt verfehlt ist, w e i t auszulegen, weiter, als es nach Wortlaut und Stellung im Gesetz zu vermuten ist. Daß gerade aus dieser weiten Auslegung wiederum ein Teil der Beschwerden und Klagen über die Vorschrift resultiert, will man offensichtlich nicht zur Kenntnis nehmen.

b) Die herrschende Auffassung in Lehre und Rechtsprechung[1] nimmt an, daß der Ausschluß der Rückfor-

---

1) Esser, 2.Aufl., § 194,3a (ebenso 3. Aufl., § 103 IV vor 1); Enneccerus-Lehmann, § 226, 3; Larenz II, § 63 III b;
Erman-Seiler, § 817, 3 c aa; Palandt-Thomas,

derung nicht nur gegenüber dem Anspruch aus § 817 S. 1, sondern gegenüber jeder Leistungskondiktion wirkt.
Dabei ist man sich durchaus der Tatsache bewußt, daß die Stellung der Vorschrift und ihr Wortlaut gegen eine solche Ausdehnung sprechen.[1)]
Es wird in der Regel nicht differenziert zwischen zwei verschiedenen Sachverhalten:[2)]

aa) Ausschluß der Rückforderung auch gegenüber Leistungskondiktionen aus § 812 bei turpitudo utriusque - also bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 817 S. 1 und einer Leistungskondiktion des § 812;

bb) Ausschluß der Rückforderung bei turpitudo solius dantis, bei fehlenden Voraussetzungen des § 817 S. 1 also, aber bei begründeter Leistungskondiktion nach einer der Alternativen des § 812.

Man begnügt sich in der Regel mit der lapidaren Feststellung, daß beide Kondiktionen von dem Ausschluß der Rückforderung erfaßt werden, wobei als problematisch nur der Fall bb), also der Fall der turpitudo solius dantis, angesehen wird[3)].
Bei unserer Betrachtung sollen - und müssen - diese zwei Fallgestaltungen getrennt behandelt werden.

---

§ 817, 1; Soergel-Mühl, § 817, 6; Bastian, JR 1950,17 (18); Hammes, JR 1950, 11 ff.(12); schon RGZ 63, 346 ff.(354); 67, 321 bis RGZ 151, 70 ff.(72); 161, 52 ff.(55); vgl. zur älteren Rechtsprechung des RG auch Heck, AcP 124,2 Anm.4; BGH LM 1 zu § 817 BGB; LM 20 zu § 817 BGB; BGHZ 35, 103 ff.(107); 50, 90 ff.(91)

1) So etwa Esser, 2. Aufl., § 194, 3b (3. Aufl., § 103 IV vor 1); BGH LM 1 zu § 817 BGB

2) Mit aller Deutlichkeit weist Esser, 2. Aufl., § 194, 3a diese Ungenauigkeit auf.

3) vgl. etwa Erman-Seiler, § 817,3c aa u. 4; Palandt-Thomas, § 817, 1; Planck-Landois,§ 817,4; Differenzierter Enneccerus-Lehmann, § 226, 3; Medicus, § 27 III 4 c u. Esser, a.a.O.

Hier interessiert zunächst nur der Fall der beiderseitigen Sittenwidrigkeit oder des beiderseitigen Gesetzesverstoßes.[1]

2. a) Zur Verdeutlichung der Problemlage diene folgender Sachverhalt:

A verkauft dem B ein Grundstück, auf dem ein Bordell betrieben wird. Er übereignet B das Grundstück. Nach h.M. ist ein derartiges Rechtsgeschäft sittenwidrig. Annahme u n d Hingabe der Leistung verstoßen also gegen die guten Sitten.[2]
Ein Anspruch des A gegen B auf Rückübereignung des Grundstücks gemäß § 817 S. 1 ist demnach gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen.
Zu denken ist in diesem Fall aber auch an eine Rückforderung wegen Leistung eines indebitum. Formal liegen nämlich die Voraussetzungen einer condictio indebiti vor, wenn man davon ausgeht, daß A seine Leistung - Übereignung des Grundstückes - gleichsam in Erfüllung des sittenwidrigen Kaufvertrages erbracht hat. Da der Erfolg - Befreiung von der Verbindlichkeit - nicht eingetreten ist, könnte gemäß § 812 Abs.1 S.1 zurückgefordert werden, wenn man § 817 S.2 nicht auch gegenüber dieser Kondiktion anwenden will.
Das Problem liegt darin, ob man in diesem Fall neben dem Anspruch aus § 817 S.1 eine condictio indebiti (oder auch eine condictio ob rem) anerkennt und sie von § 817 S.2 unberührt läßt.

b) Diese Lösung wird für den Bereich der turpitudo utriusque nur vereinzelt vertreten.

---

1) Der Fall der turpitudo solius dantis wird in einem besonderen Kapitel behandelt, s.S.82 ff.
2) Inwieweit diese Annahme berechtigt ist, wird uns später beschäftigen (s.S.217 ff.). Da die h.M. im übrigen von der Gültigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes ausgeht, scheidet ein Rückforderungsanspruch des Bordellverkäufers gem. § 985 aus.

Leonhard[1] will die Rückforderung in all den Fällen zulassen, in denen sie sich nicht nur aus § 817 S.1 herleiten läßt, sondern in denen "mangels eines Rechtsgrundes" auch eine Kondiktion aus § 812 möglich ist. Zu den Fällen der Leistung ohne gültigen Rechtsgrund rechnet er in erster Linie die Zahlung einer Nichtschuld[2].
Damit würde in der Mehrzahl der Fälle der Norm des § 817 S. 2 zuwider eine Rückforderung der Leistung über § 812 ermöglicht werden. Für die Anwendung des § 817 soll nur in den Fällen Raum sein, in denen der Gesetzesverstoß oder die Sittenwidrigkeit nicht zur Ungültigkeit des Rechtsgrundes führt, Annahme und Leistung vielmehr nur verpönt sind.[3]

c) Dieser Versuch, die "ungeheuerlichen Fehlentscheidungen" der herrschenden Auffassung[4] zu vermeiden, hat sich nicht durchsetzen können[5].
Überwiegend wird heute vielmehr angenommen, daß der Ausschluß der Rückforderung gegenüber allen Leistungskondiktionen zu gelten hat[6]. Da - wie angedeutet - häufig nicht zwischen den Fällen der turpitudo utriusque und der turpitudo solius dantis differenziert wird, hält man in der Regel dieses Ergebnis offenbar für selbstverständlich[7]. Soweit eine

---

1) Leonhard, Bes. Schuldr., insbes. §§ 264 ff., vgl. etwa S. 498, 502, 503, 508; zu Leonhard s. Enneccerus-Lehmann, § 226, Anm. 4
2) Leonhard, a.a.O., § 254, S. 483
3) Leonhard, a.a.O., S. 502 - als Beispiele für Rechtsgeschäfte, bei denen der Gesetzesverstoß oder die Unsittlichkeit nicht zur Ungültigkeit des Rechtsgrundes führt, nennt er etwa den Fall der einfachen Beamtenbestechung (s.S.30 f.).
4) Leonhard, a.a.O., 500, zur Behandlung des Bordellkaufs durch die h.M.
5) vgl. aber Müller, Diss., 23, 34 ff.; Obernolte, Diss., 15 ff.
6) s.o.S.71 f.
7) vgl. etwa Erman-Seiler, § 817, 3 c aa; Palandt-Thomas, § 817, 1

etwas präzisere Aussage in dieser Richtung erfolgt, wird die Anwendung der Ausschlußklausel auch gegenüber dem § 812 entweder mit dem Vorzug des § 817 S. 1 als der lex specialis gegenüber den Leistungskondiktionen des § 812[1] oder mit der Feststellung begründet, daß die bei anderer Auslegung nahezu vollständige Aushöhlung des § 817 S. 2 sicherlich nicht im Sinne des Gesetzes gelegen sein könne.[2)3)]

d) Besonders ausführlich hat sich Heck in seiner verdienstvollen Monographie mit dem Problem des Anwendungsbereichs des § 817 S. 2 auseinandergesetzt[4].

Heck geht grundsätzlich aus von einer Konkurrenz zwischen der condictio ob turpem rem des § 817 S.1 und den Leistungskondiktionen des § 812. Er unterscheidet den Fall, daß sich die Kondiktion sowohl aus § 817 S. 1 als auch aus § 812 begründen läßt (Gebiet der Konkurrenzfälle), von der bei bloß einseitigem Verstoß des Leistenden gegebenen Sachlage,

---

1) Sehr klar Esser, 2.Aufl.,§ 194, 3 a - Anwendung des § 817 S.2 nur gegenüber § 817 S.1,Ausschluß aber der übrigen Leistungskondiktionen durch § 817 S.1 als lex specialis.

2) Larenz II, § 63 III b; Enneccerus-Lehmann, § 226, Anm.4 unter Bezugnahme auf Leonhard

3) RGZ 63, 346 ff.(355) führte u.a. das Bedenken an, daß der Kläger es andernfalls in der Hand habe, die Anwendung des § 817 S.2 dadurch auszuschließen, daß er den Bereicherungsanspruch gem.§ 812, nicht gem. § 817 S.1 begründe. Zu Recht weist Heck, a.a.O., 31 darauf hin, daß es in der Hand des Richters liege, aus den von den Parteien vorgetragenen Sachverhalten Recht zu gewinnen - "iura novit curia".
Auf den besonders in der älteren Rspr.und Lehre vertretenen Gedanken der Einheitlichkeit des Bereicherungsanspruchs,wonach dieser als in der Hauptsache gemeinsamen Regeln unterliegender Anspruch zu verstehen sei, soll hier nicht näher eingegangen werden - vgl. Planck-Landois, § 817, 4. Er wird in dieser Form und mit diesen Konsequenzen für § 817 S. 2 heute nicht mehr vertreten.

4) AcP 124, 1 ff.; vgl. auch Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 144, IV

die einen Bereicherungsanspruch nur aus § 812, nicht aus § 817 S. 1 zur Folge hat (Sondergebiet des § 812).[1)]
Der zweite Fall soll zunächst zurückgestellt werden.[2)]
Der erste Fall wirft für Heck die Frage auf, ob § 817 S. 2 jeglichen Anspruch ausschließen soll - Absorptions- oder Exklusivlösung - oder ob der Anspruch aus § 812 ungehindert durch § 817 S. 2 geltend gemacht werden soll - Toleranzlösung[3)].

Heck entscheidet sich für eine eingeschränkte Absorptionslösung. Er differenziert zwischen sogenannten "konstruktiven Konkurrenzfällen" - das sind Fälle, in denen die Kondiktion aus § 812 gerade erst durch den Sitten- oder Gesetzesverstoß über die §§ 134, 138 eröffnet wird - und den"materiellen Konkurrenzfällen", in denen die Kausalabrede auch aus anderen Gründen als denen des Gesetzes- oder Sittenverstoßes nichtig ist[4)]. Nur für die konstruktiven Konkurrenzfälle soll der Ausschluß des § 817 S. 2 jegliche Kondiktion verwehren. Eine durch die §§ 134, 138, 812 begründete Kondiktion beruht nach Heck auf einer "Fernwirkung" der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, die Interessenlage unterscheide sich also nicht von dem in § 817 zum Ausdruck gekommenen Gedanken.[5)]
Für die sogenannten "materiellen Konkurrenzfälle" hingegen soll die Rückforderung des Geleisteten über § 812 ungehindert möglich sein, also die Toleranzlösung Anwendung finden.[6)]

---

1) Heck, a.a.O., 2, 3
2) s.S. 82 ff.
3) a.a.O., 22, die Toleranzlösung würde der Lösung Leonhards entsprechen.
4) a.a.O., 22 ff.(27/28) - Beispiel für einen materiellen Konkurrenzfall: Nichtigkeit sowohl aus §§ 134, 138 als auch wegen Minderjährigkeit, s.S.27, Anm. 59
5) a.a.O., 20
6) a.a.O., 29

Auf diese Weise will Heck eine gefürchtete Gesetzesvereitelung vermeiden, die § 817 S. 2 nicht nur aushöhlen, sondern außer Kraft setzen würde.[1)2)]

3. Eigene Stellungnahme

a) Zur eigenen Stellungnahme darf auf die zum Verhältnis der condictio ob turpem rem zu den übrigen Leistungskondiktionen entwickelten Gedanken zurückgegriffen werden.[3)] Wir hatten versucht darzulegen, daß in diesem Verhältnis eine materielle Anspruchskonkurrenz tatsächlich nicht zu sehen ist. Bei richtiger Wertung des finalen Elements der Leistungskondiktion ergibt sich vielmehr, daß der Zuwendungszweck jeweils nur nach einer Richtung ausgelegt werden kann.

An dem Ausgangsfall mag das verdeutlicht werden: Wenn A das Grundstück übereignet und weiß, daß der Kaufvertrag nichtig ist[4)], wäre es eine Vergewaltigung des Parteiwillens zu sagen, A leiste, um sich

---

1) a.a.O., 24, 25 - diese Bedenken werden etwa auch bei Larenz II, § 63 III b und Enneccerus-Lehmann, § 226, A. 4 geäußert. Daß die Befürchtungen nicht unbegründet sind, zeigt die Argumentation Müllers, Diss. 40, der die Kondiktion aus § 812 - undifferenziert wird von einer cond.sine causa gesprochen - ungehindert von § 817 S.2 durchgreifen lassen will.Das führt zu dem Schluß: "Damit ist der Bestimmung des § 817 S.2 jede praktische Anwendungsmöglichkeit und folgerichtig ihre Existenzberechtigung im heutigen BGB genommen".

2) Zu Recht weist Bufe, AcP 157, 235 darauf hin, daß Heck etwa in den Bordellfällen, die nach seiner Theorie formelle Konkurrenzfälle darstellen, zu einem Ausschluß der Rückforderung kommt, obwohl er dieses "der Billigkeit widersprechende Ergebnis" (Heck, a.a.O., S.5) gerade vermeiden wollte.

3) s.o.S.33 ff.

4) nur dieser Fall ist von Interesse, da bei fehlender Kenntnis des Leistenden vom Verstoß richtiger Ansicht nach § 817 S. 2 ohnehin nicht zur Anwendung kommt, s.o.S. 67

von einer ihn betreffenden V e r b i n d l i c h k e i t zu befreien. Er ist sich bewußt, daß eine solche nicht besteht.
Sinn der Leistung, rechtlich erhebliche Finalität, kann bei richtiger Betrachtung nur die Absicht des A sein, B zum Erbringen der von der Rechts- bzw. Sittenordnung mißbilligten Gegenleistung zu bewegen, zu der er ihn nicht verpflichten kann.

Wenn überhaupt, wäre hier an den Fall einer condictio ob rem, nicht der condictio indebiti zu denken. Aber auch hier ist eine "Konkurrenz" nur formell gegeben. Die "Zweckerreichung", das entscheidende Kriterium der condictio ob rem, bleibt bei der condictio ob turpem rem außer Ansatz. Wegen ihrer Mißbilligung rechtfertigt sie das Behalten nie, unerheblich, ob sie eingetreten ist oder nicht. [1]

Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, daß bei Vorliegen der condictio ob turpem rem und deren Ausschluß durch § 817 S. 2 eine andere Kondiktion nicht eingreifen kann, weil regelmäßig eine solche nicht gegeben ist. Damit entfällt die Frage, ob § 817 S.2 bei turpitudo utriusque auch gegenüber anderen Leistungskondiktionen angewandt werden kann.

b) Diese Lösung entspricht im Ergebnis der herrschenden Auffassung, wonach - auf Grund der hier abgelehnten Konkurrenzlehre - bei gleichzeitigem Vorliegen der Kondiktion gemäß § 817 S.1 und einer Leistungskondiktion gemäß § 812 beide Kondiktionen ausgeschlossen sind.[2] Sie deckt sich insoweit auch mit d e r Meinung, die § 817 S. 1 im Verhältnis zu anderen Leistungskondiktionen den Vorrang als lex specialis gibt und damit gar nicht erst zu der Frage der Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber jenen Kondiktionen kommt.[3]

---

1) s.o.S.11 f.
2) s.o.S.71
3) s.o.S.26

c) Sie stimmt im wesentlichen auch mit der Auffassung Hecks überein. Auch Heck wählt für seine konstruktiven Konkurrenzfälle, in denen er die Kondiktion sowohl aus § 817 S. 1 als auch aus §§ 812, 134, 138 wegen Nichtigkeit des Rechtsgrundverhältnisses ableitet, die Absorptionslösung. Er kommt demnach in der Regel gleichfalls zum Ausschluß der Kondiktion[1].

d) Den Bedenken, daß der Ausschluß jeder Leistungskondiktion[2] durch § 817 S. 2 zu ungeheuerlichen Fehlentscheidungen führe[3], kann aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden.

aa) Eine konsequente Durchführung der oben dargestellten Vorstellungen Leonhards[4] würde zu einer nahezu völligen Aushöhlung des § 817 S.2 führen, da regelmäßig die Rückforderung des Geleisteten mittels einer Leistungskondiktion des § 812 ermöglicht werden würde[5]. Die von Leonhard angeführten verbleibenden Fälle treffen nur zum Teil das Richtige. Wir haben gerade für den Fall der einfachen Beamtenbestechung nachgewiesen, daß auch hier der Verstoß zur Ungültigkeit des Rechtsgrundes führt[6].

Weder Entstehungsgeschichte des § 817 S. 2 noch sein Wortlaut und seine Stellung im Gesetz lassen eine derartige Einschränkung seiner Wirkung zu.

bb) Die uneingeschränkte Zulassung anderer Leistungskondiktionen neben § 817 S. 2 mag zu zufriedenstellenden Ergebnissen dann führen, wenn eine Partei

---

1) s.o.S. 75 f.
2) unserer Meinung nach ist diese Ausgangslage unrichtig, s.o.S. 77 f.
3) Leonhard, a.a.O., S.500 - zum Bordellkauf
4) s.o.S. 73 f.
5) s.o.S. 77, Anm. 1
6) s.o.S. 30 f.

vorgeleistet hat und die Gegenpartei sich weigert, ihrerseits zu leisten.
Sie müßte aber konsequenterweise dazu führen, auch bei beiderseitig vollzogener Leistung die Rückforderung zuzulassen. Der wegen Sittenwidrigkeit oder Gesetzesverstoß nichtige Rechtsgrund wird nicht dadurch zu einem gültigen, daß die Parteien freiwillig ihre Leistung erbringen. Das würde bedeuten, daß beide Beteiligte dreißig Jahre lang nach Belieben ihren Rückforderungsanspruch geltend machen können.
Leonhard führt in anderem Zusammenhang selbst aus: "Vielmehr wäre es sehr bedenklich, wenn er das Geld erst einmal zahlen dürfte, um es dann jederzeit, bis zu 30 Jahren, zurückfordern zu können".[1] Diese Äußerung bezieht sich auf den Ausschluß der Rückforderung bei wissentlicher Leistung eines indebitum. Es ist aber unerfindlich, wieso dieser Zustand im Rahmen des § 814 als "sehr bedenklich" angesehen wird, im Rahmen des § 817 S. 2 hingegen geradezu heraufbeschworen wird[2].

cc) Damit sind wir bei einem weiteren schwerwiegenden Bedenken gegen diese Lehre. Leonhard selbst nennt als Hauptfall der condictio wegen mangelnden Rechtsgrundes, die durch § 817 S. 2 nicht ausgeschlossen werden soll, den der Zahlung einer Nichtschuld[3]. Da er weiter "Verschulden" des Leistenden als Voraussetzung für den Ausschluß der Rückforderung verlangt[4], muß davon ausgegangen werden, daß der Leistende regelmäßig in K e n n t n i s der Mangelhaftigkeit des Rechtsgrundes seine Leistung erbringt. Er weiß mithin, daß er zur Leistung nicht verpflichtet ist, da eine Verbindlichkeit nicht

---

1) a.a.O., S. 488
2) Obernolte, Diss., S. 17 will in krassen Fällen mit der Verwirkung helfen.
3) a.a.O., S. 483
4) a.a.O., 499

besteht. Leistet er trotzdem, wird die condictio wegen Zahlung einer Nichtschuld ausgeschlossen gemäß § 814.
Dann haben wir aber genau das Ergebnis, das Leonhard gerade vermeiden wollte: Die Rückforderung gem. § 817 S. 1 wird durch § 817 S. 2 ausgeschlossen, die Rückforderung gem. § 812, cond. indebiti, wird regelmäßig durch § 814 ausgeschlossen, da auch nach Leonhard hier "Verschulden", d.i. Kenntnis des Leistenden, gefordert wird. Eine Lösung dieses Widerspruches wird nicht gegeben[1].

e) Vorzuziehen ist demnach die Auffassung, daß turpitudo utriusque jede Leistungskondiktion unterbindet.

Dabei hat die hier vertretene Meinung, die eine Konkurrenz zwischen § 817 S. 1 und den anderen Leistungskondiktionen leugnet, den Vorzug, mit dem Wortlaut des § 817 S. 2 und seiner Stellung im Gesetz übereinzustimmen. Die Vorschrift braucht nicht erst auf andere Bereicherungsansprüche ausgedehnt zu werden. Es bedarf also auch nicht des Rückgriffs auf einen allgemeinen, in Satz 2 angeblich zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken, daß eine in verwerflicher Absicht erfolgte Leistung nicht zurückgefordert werden soll[2]. Das Herausdestillieren eines allgemeinen Rechtsgedankens aus § 817 S.2, der hier zunächst zum Ausschluß vermeintlich konkurrierender Ansprüche aus § 812 bei beiderseitiger turpitudo angewandt wird, läßt als weiteren Schritt die Ausdehnung des § 817 S.2 auch auf den Fall der turpitudo solius dantis - also den Fall der nur aus § 812 zu begründenden Leistungskondiktion - folgen und führt dann unabweislich auch zur Anwendung gegenüber nichtbereicherungsrechtlichen Ansprüchen.
Die hier vertretene Auffassung bindet § 817 S. 2 streng an § 817 S.1, vermeidet diesen ersten Schritt und gibt damit auch kein Präjudiz für nachfolgende Fälle.

---

1) weder bei Leonhard noch etwa bei Obernolte,a.a.O.
2) Enneccerus-Lehmann, § 226, 3

C. Ausschluß der Rückforderung bei einseitigem Verstoß des Leistenden?

I. 1. a) Die Beschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 auf den Anspruch aus § 817 S. 1 ist von maßgebender Bedeutung auch für die Frage des Ausschlusses der Rückforderung bei nur einseitigem Verstoß des Leistenden gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten.[1] Wie bereits erwähnt[2], differenziert die herrschende Auffassung in Lehre und Rechtsprechung wenig zwischen diesem Sachverhalt, bei dem ein Anspruch aus § 817 S. 1 n i c h t vorliegt, und dem oben behandelten Fall beiderseitigen Verstoßes, bei dem ein Anspruch aus § 812 angeblich mit dem Anspruch aus § 817 S. 1 konkurriert.

Die korrekte Fragestellung lautet unseres Erachtens[3]: Wird die Rückforderung auch dann gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen, wenn der Tatbestand des § 817 S. 1 überhaupt nicht erfüllt ist, sondern nur eine Leistungskondiktion gemäß § 812 in Frage kommt, da nur der Leistende, nicht aber der Empfänger gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat?

Bedeutung hat diese Frage vor allem für den Fall des Wucherers erlangt. Man betrachtet die Hingabe etwa des Wucherdarlehens als Verstoß, die Annahme durch den Bewucherten als einwandfrei. Dementsprechend hat der Bewucherte einen Anspruch auf Rückgewähr etwa geleisteter Zinsen gemäß § 817 S. 1, der Anspruch des Wucherers hingegen auf Rückgewähr des Kapitals kraft condictio indebiti oder condictio ob rem soll gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen sein.[4]

---

1) Das ist Hecks Sondergebiet, s.o.S. 76 bei Anm. 1
2) s.o.S. 72
3) vgl. Esser, 2. Aufl., § 194 3 a, Abs. 5
4) Darauf ist noch einzugehen

b) Die herrschende Auffassung bereits in der älteren Lehre[1] und Rechtsprechung[2] bejahte überwiegend die Anwendung des § 817 S. 2 auch bei nur einseitigem Verstoß des Leistenden.
Man gründete sie auf die Erwägung, daß der "Bereicherungsanspruch im wesentlichen ein einheitlicher ist, der in der Hauptsache gemeinsamen Regeln untersteht"[3]. Man glaubte, daß auch hier "der Anspruch auf Unsittlichkeit gestützt" werden müsse[4], "daß der Gesetzgeber einer aus verwerflicher Gesinnung heraus erfolgten Leistung seinen Schutz nicht gewähren" wollte[5].
Des weiteren wurde argumentiert, wenn der zu unsittlichen Zwecken Leistende nicht einmal dann kondizieren könne, wenn auch der Leistungsempfänger gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen habe, könne dies gegenüber einem einwandfreien Empfänger erst recht nicht zulässig sein[6].

Die Berufung auf Stellung und Wortlaut, wonach § 817 S. 2 lediglich als Ausnahme zu § 817 S. 1 anzusehen ist, wurde als "recht formalistische Beweisführung" verworfen[7]. Das Wort "gleichfalls" wurde als nicht logisch, sondern rein satzverbindend grammatisch verstanden[8].

---

1) vgl. Planck-Landois, § 817,4; Oertmann, § 817,6 a u. c; weitere Nachweise bei Heck, AcP 124,2 Anm.3, der diese Auffassung allerdings ablehnte.
2) vgl. schon RGZ 63, 346 ff.(355), wo allerdings ein beiderseitiger Sittenverstoß zu entscheiden war; RGZ 70,1 ff. (4); 151, 70 ff.(72); 161, 52 ff.(55)
3) Planck-Landois, § 817, 4
4) Oertmann, § 817, 6 c
5) RGZ 151, 72
6) Cohn, Gruchot 41,794; Krückmann, Arch.f.Bürgerl. Recht 40,44; RGZ 151,74;
vgl. auch Oertmann, § 817, 6 a
7) Oertmann, § 817, 6 a
8) Diese Deutung, auf deren Unhaltbarkeit wir noch zu sprechen kommen werden (s. S. 87), geht zurück auf Neubecker, DJZ 1902, 568 ff.(569) - für "zutreffend" hält sie allerdings Planck-Landois, § 817, 4

Widersprechende Auffassungen, die sich insbesondere mit dem Rückforderungsrecht des Wucherers befaßten und es bejahten, konnten sich demgegenüber nicht durchsetzen[1].

c) Auch die heute herrschende Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung[2][3] befürwortet die Anwendung des § 817 S. 2 bei Verstoß nur des Leistenden, und zwar ohne Einschränkungen, so daß es fast aussichtslos erscheint, zu ihr erneut kritisch Stellung zu nehmen[4].

aa) Dies mag auf den ersten Blick überraschen, wo doch in weitem Maße die Überzeugung herrscht, daß "... die Vorschrift des Satz 2 an sich verfehlt ist und ihre Beseitigung angestrebt werden muß."[5]

Allerdings wird die Tendenz zu einer weiten Auslegung verständlicher, wenn man sich den nach herrschender Auffassung dem Ausschluß der Leistungskondiktion zugrunde liegenden Gedanken der Rechtsschutzversagung vergegenwärtigt[6]. Von hier aus gesehen erscheint es konsequent, dem Leistenden auch dann die Rückforderung zu versagen, wenn er allein sich außerhalb der Rechtsordnung gestellt hat. Er ist

---

1) vgl. etwa Graff, DJZ 1908, 1102 f.; Kaufmann, DR 1918,119; Lux, LZ 1919,561 ff.(564) und die schon zitierten Heck, a.a.O., S.3 und Leonhard, a.a.O., § 266 (S.506), m.w.Nachweisen.
2) Erman-Seiler, § 817, 3 c aa; RGRK-Scheffler, § 817,16 unter ausdrücklicher Aufgabe der noch RGRK, 9., von Lobe vertretenen Gegenmeinung; Enneccerus-Lehmann, § 226, 3; Esser, 2. Aufl., § 194 3b u. 3.Aufl., § 103 IV vor 1; Larenz II, § 63 III b
3) vgl. BGH LM 17 zu § 817; BGHZ 35, 105 ff.(107) - allgemeine Regel, die für alle Arten von Bereicherungsansprüchen gilt; ähnlich OGHZ 4, 57 ff. (60);
4) vgl. etwa auch Hackbarth, Diss. S. 2 - ".. gilt als allgemein anerkannt"
5) Enneccerus-Lehmann, § 226, 4 a.E.
6) s.o.S. 48 ; ähnliches gilt natürlich für den Strafgedanken.

so wenig schutzwürdig wie bei beiderseitigem Verstoß, denn entscheidend ist ja s e i n Verstoß[1].

Der Einfluß dieses Gedankens wird der tiefere Grund dafür sein, daß Kritik kaum noch laut wird. Hinzukommen mag, daß der Standardfall für den einseitigen Verstoß des Leistenden, der Wucherfall, nicht mehr die Rolle spielt, die er in der Rechtswirklichkeit zu Anfang des Jahrhunderts einnahm. Überdies ist er durch die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts einer wenigstens einigermaßen zufriedenstellenden Lösung zugeführt worden.

bb) Soweit man sich für die Begründung des Ausschlusses der Rückforderung bei turpitudo solius dantis nicht einfach auf die einschlägige Rechtpsrechung insbesondere des Reichsgerichts beruft[2], tauchen die uns zum größten Teil schon aus der älteren Lehre und Rechtsprechung bekannten Argumente auf.

Es wird auf das "untragbare Ergebnis" hingewiesen, "daß der makellos dastehende Empfänger ... auch dann zur Herausgabe des Erlangten nach § 812 verpflichtet wäre, wenn der Leistende in gröbster Weise gegen Gesetz oder gute Sitten verstoßen hätte, während er das Erlangte behalten dürfte, wenn er selbst mit der Annahme der Leistung ein Unrecht begangen hätte."[3] Die Ausweitung der Vorschrift, so heißt

1) vgl. etwa RGZ 151, 70 ff.(72) - "Es kommt vielmehr darauf an, daß der Gesetzgeber einer aus verwerflicher Gesinnung heraus erfolgten Leistung seinen Schutz nicht gewähren will, deren Zweck so bestimmt ist, daß entweder der Leistende allein oder er und der Empfänger durch die Leistung und deren Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstießen."
2) Erman-Seiler, § 817,3,c,aa; Soergel-Mühl,§ 817,6
3) Esser, 2. Aufl., § 194, 3b, obwohl er eingesteht, daß dieses Ergebnis weder aus dem Wortlaut noch aus der engeren Entstehungsgeschichte der Vorschrift folgt (so auch in der 3. Aufl., § 103 IV vor 1); ähnlich Hammes, JR 1950, 11 ff.(12) - "Der Wortlaut ist sicher unglücklich gefaßt."

es, sei schon deshalb gerechtfertigt, weil ihre Ablehnung geradezu zu einer Belohnung des allein gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßenden Leistenden führe, einer Benachteiligung dagegen des gutgläubigen Empfängers[1]. Auch das an Alter ehrwürdige Argument, "gleichfalls" sei nur satzverbindend zu verstehen, begegnet uns wieder.[2]

2. Eigene Stellungnahme

a) Einen Hinweis auf den Sinn einer Bestimmung kann die Stellung im Gesetz geben, der Zusammenhang mit anderen Vorschriften[3].
Der Ausschluß der Rückforderung ist als S. 2 mit der in S. 1 begründeten condictio ob turpem rem in einem besonderen Paragraphen zusammengefaßt. Diese Stellung im Gesetz läßt nicht erkennen, daß in § 817 S. 2 ein allgemeiner, sich auf alle Leistungskondiktionen beziehender Gedanke[4] seinen Ausdruck gefunden hat. Vielmehr spricht die Zusammenfassung mit § 817 S. 1 in einer gesonderten Vorschrift eindeutig für eine Ausschlußwirkung eben nur gegenüber der condictio ob turpem rem[5].
Das wird auch von den Vertretern einer ausdehnenden Anwendung nicht verkannt. Man meint jedoch, dieses Ergebnis nicht hinnehmen zu können[6], oder entzieht sich dem Problem, indem man es als "recht formalistische Beweisführung" verwirft[7].

---

1) BAG AP 28 zu Art.12 GG; ähnlich RGRK-Scheffler, § 817,16, wonach die "Sühne" gerade dem einen Vorteil bringt, der gefehlt hat.
2) Enneccerus-Lehmann, § 226,3; Hammes, JR 1950, 12/13
3) Enneccerus-Nipperdey, § 56,II,1
4) vgl. Enneccerus-Lehmann, § 226,3
5) Darauf weist mit Nachdruck hin etwa auch Müller, Diss., 17; vgl. auch Obernolte, Diss. S. 12
6) Esser, 2. Aufl., § 194, 3a u. b
7) Oertmann, § 817, 6, a

Die Stellung im Gesetz spricht ohne Zweifel gegen eine Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche[1].

b) Für die Auslegung einer Vorschrift ist weiter von wesentlicher Bedeutung ihr Wortlaut[2].
§ 817 S. 2 lautet in seinem hier interessierenden Teil: "Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt; .." Dabei ergibt sich aus der Beziehung zu Satz 1, daß ein Verstoß des Leistenden durch die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten gemeint ist.
Nach allen Regeln der Grammatik und des Sprachgebrauchs kann dieses "gleichfalls" nur dahin gedeutet werden, daß ein Verstoß des Empfängers durch die Annahme der Leistung u n d ein Verstoß des Leistenden durch die Hingabe vorliegen müssen. Die Behauptung, "gleichfalls" sei nur satzverbindend zu verstehen,[3] hat zwar ein ehrwürdiges Alter (1902), aber keinen Überzeugungswert. Uns erscheint es weder grammatisch noch logisch gerechtfertigt, auf diese Weise den Weg für eine ausdehnende Anwendung zu eröffnen. Auch vermögen wir der Auffassung von Hammes[4] nicht zu folgen, wonach dem Gesetz kein Zwang angetan werde, wenn man das Wort gleichfalls zwar als Verbindung des ersten und zweiten Satzes verstehe, aber daraus nur folgere, daß diese Koppelung des Satzes 2 mit Satz 1 für den Fall der Korrespondenz beider gedacht sei, die Verbindung des Satzes 2 mit anderen Vorschriften des Gesetzes aber nicht ausschließen solle.

---

1) so auch Esser, a.a.O., der aber trotzdem der Ausdehnung den Vorzug gibt (ebenso 3. Aufl., § 101 IV vor 1)
2) Enneccerus-Nipperdey, § 56 I vor 1
3) s.o.S. 83
4) Hammes, JR 1950, 11 ff. (12/13)

Die Vertreter der Ausdehnungslehre erkennen heute an - ähnlich wie hinsichtlich der Stellung im Gesetz[1] -, daß der Wortlaut des § 817 S. 2 gegen eine Ausdehnung spricht[2]. Heck ist also durchaus zuzustimmen, wenn er den in RGZ 63, 353 ausgesprochenen Gedanken, die Absicht des Gesetzgebers, § 817 S. 2 für das gesamte Bereicherungsrecht gelten zu lassen, sei im BGB nicht klar ausgesprochen, für "reichlich optimistisch" hält[3].

Weder die Stellung der Vorschrift im Bereicherungsrecht, noch ihr Wortlaut sprechen für eine ausdehnende Anwendung gegenüber allen Bereicherungsansprüchen. Vielmehr lassen sie nur den Schluß zu, daß § 817 S. 2 allein gegenüber dem Anspruch aus § 817 S. 1 zur Anwendung kommen soll[4].

c) Eine besondere Rolle hat für die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf die turpitudo s o l i u s d a n t i s das römische Recht gespielt. Insbesondere Neubecker[5], der schon sehr früh sich für den Ausschluß des Rückforderungsrechts des Wucherers einsetzte, stützte seine These auch auf den einzigen in den Quellen enthaltenen Fall, der zu der Variante "turpitudo solius dantis" angeführt wird:

Ulp.D.12,5,4,3 - Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere,

---

1) s.o.S. 86
2) Esser, 2. Aufl., § 194 3b (3.Aufl. § 103 IV vorl; Larenz II, § 63 III b; BGH LM 1 zu § 817; vgl. auch schon Neubecker, DJZ 1902, 568 ff. (569)
3) Heck, a.a.O., S. 36
4) Der Warnung Enneccerus-Nipperdeys, § 56 I vor 1, sich bei der Auslegung des Wortlauts vor einer Silbenstecherei zu hüten, ist damit sicherlich eher nachgekommen, als mit einer "nur-satzverbindenden" Deutung des Wortes "gleichfalls".
5) DJZ 1902, 569

quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix."
Die Rückforderung des Dirnenlohnes soll also ausgeschlossen sein, nicht, weil ein beiderseitiger Sittenverstoß anzunehmen ist[1], sondern weil - nova ratio - eine turpitudo solius dantis, des Freiers, vorliegt. Die Annahme des Geldes durch die Dirne wird als nicht unsittlich angesehen - "cum sit meretrix".
Die Unechtheit dieser "Meretrixglosse"[2] dürfte heute außer Frage stehen. Insoweit darf auf die überzeugenden Ausführungen Hecks verwiesen werden[3]. Die meretrix und ihr gesamter Lebenskreis galten grundsätzlich als unsittlich[4]. Der ursprüngliche Text muß daher von einer turpitudo sowohl des Leistenden = Freiers als auch der Empfängerin = Dirne ausgegangen sein. Diese Annahme erklärt den Ausschluß der Rückforderung einleuchtender als die verzwickte Logik des "...illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix." Die Abänderung der ursprünglichen Annahme einer turpitudo utriusque mag, wie Heck vermutet[5], in einer abweichenden Beurteilung der Tätigkeit der meretrix als sittenwidrig, etwa lokalen Rechts wegen, ihren Grund gehabt haben.
Jedenfalls kann die Meretrixglosse als Beweis für den Ausschluß der Rückforderung bei turpitudo solius dantis im römischen Recht nicht überzeugen. Sie kann erst recht nicht im geltenden Recht zu

---

1) wie es im heutigen Recht die herrschende Auffassung annimmt; das verkennt auch Neubecker nicht, a.a.O., S. 569
2) Heck, a.a.O., S. 45, prägte diesen Ausdruck
3) Heck, a.a.O., S. 42 ff. m.w.Nachw. - "törichte Bemerkungen eines späteren Glossators" S. 42, "- Das Latein ist ebenso schwach, wie die Denkkraft"- S.44
4) Kaser, SZ 60 (1940), 135 m.w.Nachw.
5) a.a.O., S. 43

einer Abänderung des eindeutigen Wortlauts des § 817 S. 2 führen.

d) Als weiteres Argument wurde bereits genannt, der makelfreie Empfänger dürfe nicht schlechter gestellt werden als der selbst verwerflich handelnde[1]. Wenn schon dieser die Leistung behalten dürfe, dann erst recht derjenige, dem ein solcher Vorwurf nicht zu machen sei.
Diese Behauptung mag zunächst überzeugend erscheinen. Bei näherer Betrachtung erweist sie sich aber als bloßes Scheinargument.

aa) Das Bereicherungsrecht will ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen ausgleichen[2]. Es ist aber nicht seine Aufgabe, jemanden für sein Wohlverhalten zu belohnen.
Den Interessen des makellosen Empfängers ist vollauf genügt, wenn er eine von ihm ohne Rechtsgrund erbrachte Leistung zurückfordern kann. Das ist der einzige Orientierungspunkt. Schließlich ist der makellose Empfänger auch gegenüber dem makellosen Leistenden zur Herausgabe verpflichtet, auch dort wird er "schlechter" gestellt als der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßende Empfänger, der die Leistung behalten darf.

Es bleibt unerfindlich, wo die Rechtfertigung dafür liegen soll, daß der Empfänger einerseits das Empfangene behalten soll, andererseits die von ihm selbst erbrachte Leistung zurückverlangen kann. Sein Bereicherungsanspruch wird nicht durch § 817 S. 2 blockiert. Gerade die Fälle der einseitigen Vorleistung haben im Rahmen des § 817 S. 2 schärfste Kritik hervorgerufen. Das dort verpönte Ergebnis, nämlich Verbleiben der Leistung beim Empfänger ohne

---

1) s.o.S.83, 85
2) vgl. etwa Esser, 2. Aufl. § 187 2 Abs.2; Erman-Seiler, vor § 812, 1 a; Soergel-Mühl, vor § 812, 2

Verpflichtung zu einer Gegenleistung, beschwört man hier geradezu herauf.[1] Will man schon an die Sachlage bei turpitudo utriusque anknüpfen, müßte zumindest berücksichtigt werden, daß dort dem Empfänger regelmäßig die Rückforderung auch s e i n e r Leistung wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten gemäß § 817 S. 2 untersagt ist.

Dies muß man bedenken, bevor man von einer"Schlechterstellung" des makelfreien gegenüber dem makelbehafteten Empfänger sprechen kann. Eine Gleichstellung würde bedeuten, daß der makelfreie Empfänger auch hinsichtlich der von ihm erbrachten Leistung behandelt wird wie derjenige, der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat. Diese Komsequenz will natürlich - zu Recht - niemand ziehen.

bb) Wenn der makelfreie Empfänger also herausgeben muß, was er ohne Rechtsgrund erlangt hat, ist das keine Schlechterstellung, keine Bestrafung, sondern die einfache bereicherungsrechtliche Konsequenz einer bestimmten Sachlage[2]. Wer um den Schutz des "gutgläubigen Empfängers" besorgt ist[3], sei darauf verwiesen, daß dieser Schutz zur Genüge durch die Bestimmungen über den Haftungsumfang gewährt ist, §§ 818 ff. Einen weitergehenden Schutz hat auch der "gutgläubige" Bereicherungsschuldner im "normalen" Bereicherungsverhältnis nicht.

---

1) Es wird sich noch zeigen, daß gerade die ungerechtfertigte Bevorzugung des "makelfreien" Bewucherten Anlaß zu schärfster Kritik und zur Änderung der Rechtsprechung des Reichsgerichts gegeben hat.

2) Daß es sich nicht darum handeln kann, "dem Bewucherten Vorteile zu sichern, auf die er keinerlei Anspruch und Recht hat", erkannte schon Neubecker, DJZ 1902, 570 gegen Cohn, Gruchot 41, 794. Diese Erkenntnis hinderte Neubecker aber nicht daran, das Ergebnis auf anderem Wege letztlich doch zu erreichen.

3) BAG AP 28 zu Art. 12 GG, s.o.S. 86

Die These von der "Schlechterstellung des makelfreien Empfängers" vermag demnach in keiner Weise den Ausschluß der Rückforderung bei nur einseitigem Verstoß des Leistenden zu rechtfertigen.

3. Zusammenfassend läßt sich sagen:

Die Anwendung des Ausschlusses der Rückforderung bei Verstoß nur des Leistenden gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch aus ihrer Stellung im Gesetz. Beide sprechen vielmehr dafür, § 817 S. 2 nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 817 S. 1 anzuwenden.
Auch die Einbeziehung der historischen Quellen und der Entstehungsgeschichte geben keinen Anlaß, die eindeutige Gesetzesfassung umzustoßen. Einziges Zeugnis im römischen Recht ist die mehr als zweifelhafte Meretrixglosse. Ihre Echtheit unterliegt stärksten Bedenken. Gerade sie war es aber, die die heute herrschende Auffassung maßgebend beeinflußt hat. Mit ihr entfällt die historische Grundlage der auf sie gestützten Lehre.
Schließlich vermag auch das Argument der "Schlechterstellung des makelfreien Empfängers" den Ausschluß der Rückforderung bei nur einseitigem Verstoß des Leistenden nicht zu rechtfertigen.

Damit lassen sich aber die condictio ob turpem rem und ihr Ausschluß bei beiderseitiger Sitten- beziehungsweise Gesetzeswidrigkeit wieder nahtlos einreihen in das System der Leistungskondiktionen. Ebenso wie die condictio indebiti "nach der speziell auf sie zugeschnittenen Vorschrift des § 814" ausgeschlossen ist[1], die condictio ob rem nach der

1) Esser, 2. Aufl., § 191, 4; vgl. auch Erman-Seiler, § 814, 1 u. § 815, 1; Soergel-Siebert-Mühl, § 814, 1 u. § 815, 1

sie betreffenden Vorschrift des § 815, so ist auch die condictio ob turpem rem - und nur sie - nach der "speziell auf sie zugeschnittenen" Vorschrift des § 817 S. 2 ausgeschlossen. Niemand hat für die §§ 814, 815 jemals vertreten, daß sie auf a l l e Leistungskondiktionen anzuwenden wären.

Wir kommen also auch hier zu dem Ergebnis, daß es sich bei der condictio ob turpem rem und dem ihr angepaßten Ausschluß bei beiderseitigem Verstoß nicht um einen Ausnahmefall im Bereich der Leistungskondiktionen handelt.

II. Das Wuchergeschäft

Da eine Auslegung in einer bestimmten Richtung sich auch nach dem Wert des dabei erzielten Ergebnisses bemißt[1], soll an Hand des einzigen Falles, der unter dem Stichwort "turpitudo solius dantis" im geltenden Recht Bedeutung erlangt hat, die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung überprüft werden: am Fall des Wuchergeschäfts.

1. a) § 138 Abs. 2 bestimmt:
"Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen." Damit ist die entscheidende Vorschrift für das geltende Recht genannt.
Wir wollen unserer weiteren Betrachtung den wohl häufigsten Wucherfall zugrundelegen, nämlich die

---

1) Enneccerus-Nipperdey, § 56 III

Hingabe eines Darlehens zu übermäßigen Zinsen (Darlehenswucher).

b) Es kann an dieser Stelle nicht näher auf die sehr wechselreiche Geschichte des Wucherproblems eingegangen werden. Insoweit müssen wir uns mit einem Verweis auf die einschlägige Literatur begnügen[1].

Ein kurzer Überblick über die jüngere geschichtliche Entwicklung erscheint aber unerläßlich, um die rechtspolitischen Hintergründe und Zusammenhänge besser verstehen zu können. Die Behandlung des Wuchergeschäfts war nämlich selbst in dem verhältnismäßig kurzen Zeitraum seit der Mitte des vergangenen Jahrhunderts durchaus wechselhaft, nicht so selbstverständlich "wucherfeindlich", wie es nach der heute in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Auffassung erscheinen mag. Sie war in besonderem Maße der jeweiligen zeitgeschichtlichen Situation unterworfen, denn "in der Zinsgesetzgebung spiegeln sich, wie denn die Gesetzgebung immer ein Produkt der herrschenden kulturellen und wirtschaftlichen Verhältnisse eines Volkes ist, die den Zinsfuß im freien Verkehr bestimmenden wirtschaftlichen Ereignisse auf das Deutlichste ab".[2]

2. a) Durch das "Gesetz des Norddeutschen Bundes, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen" vom 14.11.1867, das seit 1871 im Deutschen Reich mit Ausnahme von Bayern und Elsaß-Lothringen galt, wurde ein bis dahin geltender Höchstzinssatz aufgehoben.
§ 1 dieses Gesetzes lautete: "Die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehen und für andere kreditierte Forderungen, ferner

---

1) vgl. statt aller Staud.-Coing, § 138, 32 ff. mit ausführlichen Literaturangaben; zur strafrechtlichen Problematik Maurach, BT, § 40 I A u. B

2) Kahn, Die Reichs-Wuchergesetze, S.1

Konventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehens oder einer sonst kreditierten Forderung zu leisten sind, unterliegen der freien Vereinbarung. Die entgegenstehenden privatrechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen werden aufgehoben."
Eine gewisse Einschränkung erfolgte allerdings durch § 2, der ein Kündigungsrecht des Schuldners mit halbjähriger Kündigungsfrist vorsah, wenn er einen höheren Zinssatz als jährlich 6 v.H. zu zahlen hatte.

b) Diese durch "die Doktrinäre des wirtschaftlichen Liberalismus"[1] geschaffene wucherfreundliche Lage wurde entsprechend ausgenutzt. So sah man sich schon knapp zwanzig Jahre später gezwungen, um "dem unter der mangelhaften Gesetzgebung schamlos auftretenden Wucher zu begegnen"[2], eine erneute Gesetzesänderung vorzunehmen.
Produkt war das Reichs-Wucher-Gesetz vom 24.5. 1880[3].
Dessen Art. 3 lautete:

"I. Verträge, welche gegen die Vorschriften der §§ 302a, 302b des Strafgesetzbuches verstoßen, sind ungültig.
II. ------
III. Der Gläubiger (also der Wucherer!) ist berechtigt, das aus dem ungiltigen Vertrage Geleistete zurückzufordern; für diesen Anspruch haftet die für die vertragsmäßige Forderung bestellte Sicherheit. Die weitergehenden Rechte eines Gläubigers, welchem nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts die Ungiltigkeit des Vertrags nicht entgegengesetzt werden kann, werden hierdurch nicht berührt."

---

1) Staud.-Coing, § 138, 32 Abs. 3
2) Kahn, a.a.O., S. 4
3) RGBl. S. 109

Der Wucherer konnte sein Geld also selbstverständlich zurückfordern.
So der Rechtszustand bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.

c) Art. 3 des Gesetzes betreffend den Wucher vom 24.5. 1880 in der Fassung des Art. II des Gesetzes betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher v. 19.6.1893[1] wurde durch Art. 47 EGBGB aufgehoben. Maßgebend für die Beurteilung des Wuchergeschäftes war nunmehr das Bürgerliche Gesetzbuch. In § 138 Abs. 2 traf es eine ausdrückliche Regelung bezüglich der Nichtigkeit des Wuchergeschäfts. Eine entsprechende Bestimmung über die Rückforderung des Geleisteten unterblieb, insoweit mußte auf die allgemeinen Vorschriften, insbesondere die Bestimmungen des Bereicherungsrechts zurückgegriffen werden.

d) Bei dieser Vorgeschichte überrascht es daher nicht, daß ein großer Teil der Stimmen im Schrifttum dem Wucherer zunächst einen Bereicherungsanspruch zugestehen wollte[2].
Vorherrschend war dabei der Gedanke, daß der Ausschluß des Bereicherungsanspruchs gem. § 817 S. 2 nur gegenüber der condictio ob turpem rem des § 817 S. 1 eingreifen sollte, nicht aber gegenüber der Kondiktion des Wucherers aus § 812[3].
Demgegenüber wurde aber schon früh auch die Meinung vertreten, die Rückforderung des Wucherers sei ausgeschlossen auf Grund der Vorschrift des § 817 S. 2[4]. Die Argumente, die für eine Ausdehnung des

---

1) RGBl. 85
2) s.o.S. 84, Anm. 1); vgl. auch Heck, AcP 124, S. 3 Anm. 7
3) vgl. etwa Eccius, DJZ 1903, 41; Graff, DJZ 1908, 1103
4) Dernburg, Bürgerl.Recht I, § 127, II S. 383; Neubecker, DJZ 1902, 568 ff.; Cohn, Gruchot 41, 794 f., der sich allerdings in DJZ 1904, Sp.854 ff. wieder f ü r das Rückforderungsrecht des Wucherers verwendet.

Kondiktionsausschlusses auch auf den Anspruch des Wucherers vorgebracht wurden, sind uns bekannt[1]:

aa) die Vermeidung der Schlechterstellung des makelfreien Bereicherten (Bewucherten) gegenüber dem verstoßenden Empfänger[2];

bb) die Berufung auf das römische Recht, insbesondere die Meretrixglosse[3];

cc) die lediglich s a t z v e r b i n d e n d e Funktion des Wortes "gleichfalls" in § 817 S. 2 [4];

dd) der Gedanke, daß sich auf eigene Unsittlichkeit, eigenen dolus niemand berufen kann[5].

Alle diese Argumente entbehren der Rechtfertigung[6].

e) Trotzdem setzte sich diese Auffassung insbesondere auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts durch.

Das Reichsgericht hatte sich bereits sehr früh für die Anerkennung des § 817 S. 2 als eines gemein-

---

1) s.o.S.83, 85
2) Cohn, Gruchot 41, 794
3) Neubecker, DJZ 1902, 569
4) Neubecker, a.a.O., S. 569
5) Neubecker, a.a.O., S. 569;
Hiermit ist der Gedanke einer allgemeinen Rechtsschutzversagung angesprochen - nemo turpitudinem suam allegans auditur. Die Erörterungen über den rechtspolitischen Grundgedanken des § 817 S. 2 - s.o.S. 41 ff.) - sowie über den Wortlaut der Vorschrift und ihre Stellung im Gesetz - s.o. S. 86 ff. - dürften klar gezeigt haben, daß der Gesetzgeber einen allgemeinen Ausschluß der Rückforderung nicht beabsichtigte.
Wir werden an anderer Stelle noch einmal auf dieses Problem zu sprechen kommen, s.S. 121 . Es sei aber schon hier auf Esser, 2.Aufl., § 194 3 c verwiesen,der zu Recht ausführt, "daß die Einordnung des § 817 S. 2 in.das Bereicherungsrecht klar zeigt, daß das BGB den Satz "nemo auditur turpitudinem suam allegans" in seiner Allgemeingültigkeit nicht übernehmen wollte.
So auch schon Planck-Landois, § 817, 4 Abs. 3
6) s.o.S. 86 ff. und Anm. 5

samen Grundgedankens für alle Leistungskondiktionen entschieden[1]. Es folgte dieser Linie auch für den Fall des nur einseitigen Verstoßes des Leistenden, also auch für den Wucherfall[2]. Der schon wiederholt ausgesprochene Satz, so stellte es fest, daß auch die Rückforderung einer als Darlehen gegebenen Summe ausgeschlossen sein könne, sei nicht auf den Fall zu beschränken, daß Darlehensgeber und -empfänger gemeinschaftlich einen verwerflichen Zweck verfolgen, sondern treffe auch dann zu, wenn nur der Geber einen solchen sich gegen den Empfänger richtenden Zweck verfolge[3]. Der Rückforderungsanspruch des Wucherers wurde demnach ausgeschlossen[4].

Bei dieser Rechtsprechung blieb das Reichsgericht trotz aller Kritik[5] zunächst stehen, obwohl ihm bei den Konsequenzen seiner Lösung offensichtlich

---

1) s.o.S.72 , RGZ 63, 343 ff. (353)
2) RG LZ 1922, 461; RGZ 151, 70 ff.(72); RGZ 85, 293 ff.(294) ließ die Frage noch offen, da der Wucherer einen Anspruch wegen Betruges gegen den Bewucherten hatte, ging aber offensichtlich von dem Ausschluß der Rückforderung gem. § 817 S. 2 aus.
3) RG LZ 1922, 461
4) Nach dem vom RG a.a.O. mitgeteilten Sachverhalt war der Kläger = Wucherer bereit gewesen, dem Beklagten = Bewucherten zu helfen, als diesem die Zwangsvollstreckung aus einer Hypothek drohte. Erst nachdem der Vertrag zunächst von beiden Parteien erfüllt worden war, berief sich der Bewucherte auf die Nichtigkeit.
An diesem Fall zeigt sich die ganze Problematik dieser Lösung: Hätte der Wucherer nicht "helfend" eingegriffen, wäre die drohende Zwangsvollstrekkung durchgeführt worden. Zum Dank dafür, daß der Wucherer ihm diese offensichtlich unangenehme Konsequenz erspart hat, darf der Bewucherte jetzt die gesamte Summe behalten, ein durchaus einträgliches Geschäft!
5) Heck, a.a.O., S. 7 ff.; Leonhard, Bes. Schuldrecht, § 266 (S.506); Oertmann, § 817, 6a, der allerdings bei Kenntnis des Wucherers § 814 eingreifen lassen will; Planck-Landois, § 817, 4 - das Sittenwidrige liegt im Versprechenlassen von Vorteilen, nicht in der Leistung; vgl. auch von Tuhr, AT II 2, § 70, S. 47

selbst "unbehaglich" wurde. So befand es in RGZ 151, 70 ff. (74): "Es ist durchaus unbefriedigend, daß auf diese Weise dem Bewucherten ein Gewinn zufällt, auf den er weder rechtlich noch sittlich einen Anspruch hat. Der Gedanke, daß es am besten wäre, wenn das, was von der unsittlich zweckbestimmten Leistung des Klägers nach den Grundsätzen der Bereicherung noch vorhanden ist und nach diesen Grundsätzen an sich herauszugeben wäre, weder dem Kläger noch dem Beklagten, sondern der Volksgemeinschaft (1936 !) zugute käme, liegt nahe. Es wäre wohl der Erwägung des Gesetzgebers wert, hier eine mehr befriedigende Lösung zu suchen; der Richter, der an das Gesetz gebunden ist, vermag dies nicht." Es folgt die Theorie der "Gleichstellung des makellosen Empfängers", dessen Rückgabeverpflichtung als ein "unmögliches Ergebnis" dargestellt wird.

Was soll da gelten?

Entweder ist es "durchaus unbefriedigend", daß der Bewucherte die Leistung behält, oder es ist ein "unmögliches Ergebnis", wenn er sie nicht behält.

Das Reichsgericht hatte sich auf diese Weise in eine Situation manövriert, aus der einen Ausweg zu finden ihm nur noch mit Hilfe des Gesetzgebers möglich schien.

f) Nur drei Jahre später fand es jedoch auch ohne diese Hilfe die vermeintlich zufriedenstellende Lösung, die ihm zuvor noch durch das Gesetz versperrt schien. Ohne von den Grundsätzen der Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche und der zu vermeidenden Schlechterstellung des Empfängers abzugehen, entdeckte das Reichsgericht einen bemerkenswerten Weg[1], den Wucherer nicht gänzlich

1) Raiser, JZ 1951, 719 spricht von dem kühnen Versuch des Großen Zivilsenats, dem Wucherer wenigstens sein Kapital ohne Zinsen zu retten.

rechtlos zu stellen. In der bekannt gewordenen Entscheidung des Großen Zivilsenats vom 30. Juni 1939[1] wurde der folgende Grundsatz aufgestellt:

> "Bei einem nach § 138 Abs. 2 BGB nichtigen Darlehen wird dem Darlehnsgeber durch die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB die Rückforderung der Darlehnssumme nicht schlechthin verwehrt; er kann aber den darlehnsweise hingegebenen Betrag trotz der Nichtigkeit des Darlehens nicht früher zurückverlangen, als es bei dessen Gültigkeit geschehen könnte."

Zu diesem Ergebnis kam das Reichsgericht in der "richtigen Erkenntnis" dessen,welches die Leistung des Darlehenswucherers im Sinne des § 817 S.2 ist: "Der Sinn der Darlehenshingabe ist nicht der, das Vermögen des Empfängers dauernd um das Kapital zu vermehren; ihm soll vielmehr nur dessen vorübergehende Nutzung zugewendet werden."[2] Also Leistung nicht endgültige Überlassung, sondern nur vorübergehende, das war die Zauberformel, mit der man das "durchaus unerfreuliche Ergebnis einer weder sittlich noch rechtlich begründeten Bevorzugung des Bewucherten" vermeiden wollte.
Das Reichsgericht bediente sich dabei eines Gedankens, der bereits eine gewisse Tradition hatte. Die Rückforderung von Leistungen, die nicht e n d g ü l t i g in das Vermögen des Empfängers übergehen sollten - mit diesem Gedanken hatte man etwa trotz beiderseitigem Sittenverstoß die Rückforderung von Kautionen ermöglicht[3]. Auch die Rückforderung

---

1) RGZ 161, 52 ff.
2) RG, a.a.O., S. 56
3) RGZ 67,321 ff.(326),Kastellanvertrag - beiderseitige turpitudo. "Als 'Leistung',deren Rückforderung nach § 817,2 ausgeschlossen ist,.....kann aber nur die Gewährung eines solchen Vermögensvorteils angesehen werden,der dazu bestimmt ist, endgültig in das Vermögen des Empfängers überzugehen,nicht aber eines solchen,der nur zu vorübergehenden Zwecken diesem zugeführt worden ist und der,soweit später kein Grund für seinen dauernden Übergang in das Vermögen des Empfängers eingetreten ist,schon seiner Natur nach zurückgewährt werden muß."

eines Darlehens war bereits zugelassen worden, da der Vermögenswert sachlich nach wie vor dem Geber verbleiben sollte, dem Empfänger nur der zeitweise Gebrauch überlassen sein sollte[1].
Die Anwendung der "Zeittheorie"[2] war denn auch vor der Entscheidung des Reichsgerichts wiederholt für den Wucherfall gefordert worden, gewissermaßen als Notlösung, solange das Reichsgericht nicht bereit war, von der Ausdehnung des § 817 S. 2 abzusehen[3].

Der nun endlich erfolgte Schritt entbehrte also nicht einer gewissen Konsequenz. In der Abwägung des Gedankens "einer erwünschten Abschreckung des Wucherers" gegen das unbefriedigende Ergebnis einer nicht gerechtfertigten Bevorzugung des Bewucherten glaubte das Reichsgericht, der hier eingeschlagene Weg halte die "richtige Mittellinie" ein und sei nach dem geltenden Recht der einzig mögliche[4].

g) Diese Meinung wird offensichtlich auch heute in Schrifttum[5] und Rechtsprechung[6] nahezu uneingeschränkt vertreten.
Aufbauend insbesondere auf der Rechtsprechung des

---

1) OLG Dresden, SeuffArch. 59, Nr.81, krit. dazu Jacoby, IherJb. 60, 229 ff. (233 f.)
2) so Heck, a.a.O., S. 8
3) Heck, a.a.O., S. 9 - wobei er allerdings berechtigte Bedenken gegen die Zeittheorie anmeldet; vgl. auch Leonhard, a.a.O., § 267, S. 508
4) RG, a.a.O., S. 59
5) Boehmer, Grdlg. I, S. 55 f.; Enneccerus-Lehmann, § 226, 3 u. 226, 2 e; Esser, 2. Aufl., § 194, 4 (3. Aufl., § 103 IV 1 Abs. 3); Larenz II, § 63 III b; Erman-Seiler, § 817, 3 c aa u. 3 e aa; RGRK-Scheffler, § 817, 19; Soergel-Mühl, § 817, 6 u. 21; Obernolte, Diss. S.25; Hoff, AcP 156, 483 ff.
6) vgl. BGH LM 17 zu § 817 BGB und die oben S. 84 angeg. Nachweise, die sich mit dem Ausschluß der Rückforderung bei einseitigem Verstoß befassen; LG Göttingen, MDR 1951, 161, lehnt die Anwendung der in RGZ 161, 52 ff. entwickelten Grundsätze auf ein Darlehen bei beiderseitiger turpitudo ab.

Reichsgerichts, ausgehend von dem Grundsatz der Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber allen Bereicherungsansprüchen und der Einschränkung des Leistungsbegriffes auf solche Vermögensverschiebungen, die endgültig das Empfängervermögen vermehren sollten, wird der Anspruch des Wucherers auf Rückforderung des Geleisteten nach Ablauf des an sich nach dem Vertrag vorgesehenen Zeitraums zugelassen[1], aber auch erst dann.
Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Wucherdarlehen bestätigt und klargestellt, daß der Kreditgeber dem Kreditnehmer den Kredit auf die (rechtsunwirksam) vereinbarte Zeit überlassen muß, ohne dafür Zinsen, etwa aus § 818 Abs. 1 oder Abs. 2, verlangen zu können[2]. Mit diesem Zustand scheint man sich vorerst zufrieden geben zu wollen[3].

h) Vergegenwärtigen wir uns noch einmal die Entwicklung der rechtlichen Beurteilung des Darlehenswuchers hinsichtlich der Rückforderung des Wucherers in einem Zeitraum von etwa fünfzig Jahren (1880 -

---

1) Bei Überlassung auf unbestimmte Zeit wird von der Einhaltung der vereinbarten oder gesetzlichen Kündigungsfrist ausgegangen, vgl.RGZ 161,57. Das RG will damit jedoch nicht etwa der Gültigkeit des Vertrages das Wort reden: "vielmehr ist das lediglich eine Folge der in § 817 S. 2 für alle Arten von Bereicherungsansprüchen enthaltenen gesetzlichen Regelung."

2) BGH LM 17 zu § 817 - "Insoweit ersetzt § 817 S.2 den fehlenden Rechtsgrund."

3) krit. etwa Flume, AT, § 18, 10 f., der zwar auch grundsätzlich die Rückforderung erst nach Ablauf der unwirksam vereinbarten Zeit zulassen will, dem Wucherer aber eine Eingriffskondiktion wegen der Zinsen geben möchte in Höhe des Nutzungswertes.
A.A. auch Staudinger-Coing, § 138, 41 unter Berufung auf Staudinger-Riezler, 10. Aufl., § 138, 37 ff. - keine Ausdehnung des § 817 S.2 auf alle Bereicherungsansprüche, anders aber Staudinger-Seufert, § 817, 19 u. 20

1930), so zeichnet sich ein erstaunliches Bild ab. Man kann vier Phasen unterscheiden:

I. Bis 1880 Freigabe des Höchstzinssatzes, damit Verzicht auf Wucherbestimmungen privat- und strafrechtlicher Art. Die Rückforderung des Geleisteten war unproblematisch.

II. Wuchergesetz von 1880, das zwar das Wuchergeschäft für nichtig erklärte, dem Wucherer jedoch ausdrücklich die Rückforderung des Geleisteten gestattete.

III. Diese Regelung wurde außer Kraft gesetzt durch das BGB.
§ 138 Abs. 2 ordnete zwar die Nichtigkeit des Wuchergeschäfts an, regelte aber nicht die Rückforderung.
Obwohl die Lehre überwiegend dem Wucherer ein Rückforderungsrecht zugestand, entschied sich das Reichsgericht in Übereinstimmung mit einer "Mindermeinung" für den Ausschluß der Rückforderung gem. § 817 S. 2 und vollzog damit eine totale Wendung - zuletzt bestätigt in RGZ 151, 70 ff.

IV. RGZ 161, 52 ff. leitete die vierte Phase ein. Der Wucherer kann seine Leistung zwar zurückfordern, aber erst nach Ablauf der vereinbarten Zeit beziehungsweise auf Grund einer Kündigung, wenn die Verbindlichkeit auf unbestimmte Dauer angelegt war.[1] Er kann für diese Zeit keinerlei Zinszahlung verlangen.

Diese Lösung wird auch heute noch überwiegend vertreten.

---

1) Eine derartige Kündigung soll möglich sein, obwohl ein rechtswirksamer Vertrag nicht besteht, wie auch Esser, 3. Aufl., § 103 IV 1 Abs. 3 anerkennen muß.

3. Kritik

a) Das Reichsgericht war in seiner Entscheidung vom 30.6.1939[1] ausgegangen von dem Bestreben, das unbefriedigende Ergebnis einer durch nichts gerechtfertigten Bevorzugung des Bewucherten zu vermeiden. Dieses Ziel glaubte es mit der oben dargelegten Lösung erreichen zu können in Verfolgung einer "richtigen Mittellinie". Uns erscheint es durchaus fraglich, ob diese "Mittellinie" tatsächlich zu dem wünschenswerten Ergebnis führt.

b) Vergegenwärtigen wir uns die Sachlage: Der Bewucherte, dem es nicht möglich war, zu normalen Bedingungen ein Darlehen aufzunehmen - etwa infolge seiner schlechten wirtschaftlichen Lage[2] -, erhält ein solches gegen Versprechen überhöhter Zinsen. Es ist vernünftig und angemessen, daß er zur Zahlung dieser Zinsen nicht soll gezwungen werden können, daher ist die Sanktion der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, wie sie § 138 Abs. 2 vorsieht, zu begrüßen.

Wie aber erklärt es sich, daß der Bewucherte nicht nur nicht die überhöhten Zinsen zahlen muß, sondern darüberhinaus für die vereinbarte Zeit o h n e j e d e G e g e n l e i s t u n g die Vorteile des Darlehens genießen soll? Er, dessen wirtschaftliche Situation so schlecht war, daß er ein Darlehen zu n o r m a l e n Zinsleistungen nicht bekommen konnte.
Man begründet die Ausweitung des § 817 S. 2 unter anderem mit dem Schluß, der makelfreie Empfänger (Bewucherter) brauche die Leistung (Darlehenssumme)

---

1) RGZ 161, 52 ff.
2) vgl. etwa den oben mitgeteilten Sachverhalt, der der Entscheidung RG LZ 1922, 461 zugrundelag, S. 98, Anm. 4. Nicht anders gelagert sind im übrigen die Fälle des Wuchers durch Ausbeutung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen.

erst recht nicht herauszugeben, wo schon der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßende Empfänger sie behalten dürfe. Demgegenüber sollte man sich vor Augen halten, daß bei einem gültigen Darlehen der Darlehensnehmer sowohl zur Rückzahlung des Kapitals als auch zur Zahlung von Zinsen verpflichtet ist. Der Bewucherte steht sich wesentlich günstiger, da er zu Zinszahlungen nicht verpflichtet ist. Es leuchtet nicht ein, daß er auf diese Bevorzugung einen "sittlich und rechtlich" begründeten Anspruch hat, den das Reichsgericht zuvor hinsichtlich des endgültigen Behaltendürfens der Darlehenssumme zu Recht verneint hat[1].

c) Die vom Reichsgericht angeführten Argumente überzeugen nicht[2].

aa) Den dort eingeschlagenen Weg hielt man für den nach geltendem Recht einzig möglichen. Dieser auf einem unrichtigen Verständnis des § 817 beruhenden Auffassung kann nach den obigen Ausführungen nicht gefolgt werden. Eine Ausdehnung des § 817 S. 2 auch auf die Fälle der turpitudo solius dantis ist nicht angebracht.

bb) Auch das weitere Argument einer Abschreckung des Wucherers in der Weise, daß durch den Zwang zur zinslosen Überlassung seines Geldes auf Zeit "die Gefahren seines verwerflichen Handelns vermehrt werden", verdient in keiner Weise Zustimmung. Eine derartige General- oder Spezialprävention kann niemals Aufgabe des B e r e i c h e r u n g s r e c h t s sein. Diese Argumentation ist recht eigentlich nur von dem Strafgedanken her zu verstehen, den man dem Ausschluß der Rückforderung zu Unrecht als rechtspolitische Grundlage unterlegte[3].

---

1) s.o.S.99
2) RGZ 161, 52 ff.
3) s.o.S.42 ff.

Die vom Reichsgericht für unerläßlich erachtete Abschreckung findet auch ohne eine derartige Auslegung des § 817 S. 2 statt - dort nämlich, wo sie ihren angemessenen Platz hat: im Strafrecht. Die §§ 301 - 302 e StGB stellen den Wucher in seinen hier interessierenden Erscheinungsformen unter zum Teil empfindliche Strafen. Diese Vorschriften im Zusammenhang mit den Grundsätzen für die Bemessung von Geldstrafen[1] sollten Abschreckung genug bieten für Wuchergeschäfte.
Eine solche Funktion darüberhinaus dem Bereicherungsrecht abzuverlangen, ist weder erforderlich noch berechtigt[2].

cc,1) Auch auf dem Wege einer nur vorübergehenden Überlassung des Darlehenskapitals kommt man zu keiner juristisch einwandfreien Abgrenzung.

Bereits das Reichsgericht hat durchaus erkannt, daß das als Darlehen hingegebene Geld in das Eigentum des Empfängers übergeht. Es glaubte, diesem Einwand dadurch begegnen zu können, daß es die Übertragung des Eigentums als bloßes "rechtstechnisches Mittel" ansah. Das Eigentum bleibe belastet mit der Verpflichtung zur demnächstigen Rückgewähr[3].

Von einer derartigen "Belastung mit einer Verpflichtung", mit der geradezu Assoziationen an eine auflösend bedingte Eigentumsübertragung heraufbeschworen werden, kann jedoch keine Rede sein. Der Wu-

---

1) § 27 b StGB, Abs.1: "Die Geldstrafe soll das Entgelt,das der Täter für die Tat empfangen, und den Gewinn, den er aus der Tat gezogen hat, übersteigen.
Abs. 2. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, darf es überschritten werden."
2) Schon Kaufmann, Recht 1918,119 weist darauf hin, daß durch den Ausschluß der Rückforderung der Wucher nicht unbedingt aus der Welt geschaffen, sondern unter Umständen erst recht in gefährliche Formen gedrängt werde.
3) RGZ 161, 56

cherer = Darlehensgläubiger hat grundsätzlich einen Anspruch auf Rückerstattung, und zwar nicht auf die von ihm übereigneten Gegenstände, sondern auf "Sachen von gleicher Art, Güte und Menge", § 607 Abs. 1. Die von ihm erbrachte Leistung geht rechtlich gesehen - und das allein ist entscheidend - endgültig in das Vermögen des Empfängers über. Die Belastung mit einer Verpflichtung zur Rückgewähr richtet sich gegen das Empfängervermögen insgesamt, nicht gegen die ihm geleisteten Gegenstände.

Unter diesen Umständen aber von einer "nur vorübergehenden Überlassung des Kapitals"[1] zu sprechen in dem Sinn, daß das Vermögen des Darlehensnehmers nicht dauernd um die Leistung vermehrt sein soll, ist eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise. Das allein soll nicht Anlaß zur Verwerfung dieser Argumentation sein. Das Recht hat durchaus auch die wirtschaftliche Seite der von ihm zu beurteilenden Lebensvorgänge zu beachten. Unhaltbar ist sie vielmehr deshalb, weil bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Grundsätze der Zeittheorie nicht nur für den Fall des wegen Verstoßes des Darlenensgebers nichtigen Darlehens gelten dürften, sondern einen sehr viel weiteren Bereich erfassen müßten.

cc,2) Das Reichsgericht hatte ausdrücklich die Erörterung des zu einer sittenwidrigen oder verbotenen V e r w e n d u n g hingegebenen Darlehens ausgeklammert[2]. So ist denn auch die Rückforderung des Darlehens von einigen nachfolgenden Entscheidungen dann ausgeschlossen worden, wenn ein beiderseitiger

---

1) Schon gar nicht kann die Rede davon sein, daß die Leistung schon "ihrer Natur" nach zurückgewährt werden muß, vgl. etwa RGZ 67, 321 ff. (326) - Kautionsleistung.
2) RGZ 161, 59 u. - ebenfalls andere Wuchergeschäfte als Darlehen.

Verstoß der Parteien vorlag.[1] Dabei wurde zum Teil ausdrücklich darauf hingewiesen, daß man sich mit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Wucherdarlehen nicht in Widerspruch gesetzt habe und auch nicht setzen wolle[2].

Bei konsequenter Verfolgung der Zeittheorie kann es aber keinen Unterschied machen, ob lediglich ein oder beide Vertragsteile gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen haben. Immer ist die Leistung - nach der Diktion der herrschenden Auffassung zum Wucherdarlehen - nicht auf e n d g ü l t i g e , sondern nur v o r ü b e r g e h e n d e Überlassung gerichtet.

Daher wird die Unterscheidung zwischen Wucherdarlehen und Darlehen, die zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken hingegeben worden sind, von der überwiegenden Meinung besonders im Schrifttum insoweit zu Recht verworfen[3].

cc,3) Darüberhinaus läßt sich die Geltung der Zeittheorie aber auch nicht auf das Darlehen beschränken.

Auch der Verkäufer, der seine Ware liefert, will nicht, daß das Vermögen des Käufers - wirtschaft-

---

1) OLG Frankfurt, NJW 1947/48, 144; LG Göttingen, MDR 1951, 161 f.; OLG Köln, MDR 1957, 34; anders LG Lüneburg, Hann.Rpfl. 1947, 49 f.
vgl. auch BGH, BB 1957, 980 - Keine Rückforderung des einem Vermittler verbotener Einfuhren hingegebenen Kapitals, da es nicht wie im Fall des Wuchers zurückfließen soll.

2) LG Göttingen, a.a.O.; OLG Köln, a.a.O.

3) Esser, 2. Aufl., § 194 4d, anders offenbar in 3. Aufl., § 103 IV 1 Abs.3 bei Anm. 42; Larenz II, § 63 III b; Staudinger-Seufert, § 817, 20; Erman-Seiler, § 817, 3, e, cc - der jedoch wieder eine Ausnahme von der Ausnahme machen will, für die Fälle, in denen der Wert des Kapitals infolge eines dem Darlehensgeber bekannten Risikos in Verlust geraten ist (Beschlagnahme der Schwarzmarktware, Spielverlust);
vgl. auch v. Caemmerer, MDR 1951, 163

lich gesehen - endgültig um sie bereichert wird. Er erwartet vielmehr die Gegenleistung des Käufers. Hier liegt gleichfalls "keine endgültige Begebung aus dem Vermögen" vor. Das Vermögen des Käufers bleibt vielmehr belastet mit der Verpflichtung "der demnächstigen Rückgewähr" des empfangenen Vermögenswertes. Daß "das rechtstechnische Mittel" die Übertragung des vollen Eigentums ist, darf bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise hier ebensowenig eine Rolle spielen wie beim Darlehen. Ist der Kaufvertrag also wegen des verbotenen oder sittenwidrigen Zwecks nichtig, müßte konsequenterweise bei Vorleistung des Käufers oder Verkäufers und Ausbleiben der jeweiligen Gegenleistung die Rückforderung des Geleisteten zugelassen werden.[1)]

Dieses Ergebnis wird zu Recht abgelehnt.[2)] Eine derartige Beschränkung des § 817 S. 2, die zur Folge hätte, daß die Rückforderung nur noch bei beiderseits vollzogener Leistung ausgeschlossen würde, ist weder dem Gesetz noch den historischen Quellen zu entnehmen.

cc,4) Im Zusammenhang mit dem Gedanken der "Überlassung der Leistung auf Zeit" wird teilweise auch vorgebracht, daß der Darlehensempfänger nicht besser stehen dürfe als bei einem gültigen Vertrag[3)]. Er dürfe nicht mehr behalten, als er nach der getrof-

---

1) vgl. Heck,a.a.O., S.9 - bereits bevor das RG die Grundsätze der Zeittheorie auf das Darlehen übertrug; vgl. auch die Bedenken bei v.Caemmerer, MDR 1951, 162 ff.(164) und Hammes, JR 1950, 11ff. (13), die aber gleichwohl der entsprechenden Einschränkung des Leistungsbegriffes beim Darlehen zustimmen; v.Caemmerer, a.a.O. - "Zuzugeben ist, daß ein gewisses Unbehagen bleibt."

2) vgl. Erman-Seiler, § 817, 3 c bb; Flume, § 18, 10 g;
anders Bufe, AcP 157, 215 ff., jedoch aus anderen Gründen, auf die noch eingegangen wird, s.S. 186 ff.

3) Esser, 2.Aufl., § 194 4 d

fenen Abrede erhalten sollte[1]. Auf diese Weise will man erreichen, daß er die "vorübergehend überlassene Leistung" wenigstens nach Ablauf der an sich für die Belassung gedachten Zeit herausgeben muß.
Auch diese Konstruktion führt zu keiner gerechtfertigten Abgrenzung des Darlehens von den anderen gegenseitigen Verträgen.
Auch der Käufer, der den vorgeleisteten Kaufgegenstand behält, ohne seinerseits die Gegenleistung - zu der er bei nichtigem Kaufvertrag nicht verpflichtet ist - zu erbringen, erhält mehr, als er "bei gültigem Vertrag" erhalten hätte. Die Besserstellung des Käufers gegenüber dem Darlehensempfänger ist nicht gerechtfertigt. Dennoch wenden die genannten Vertreter den Grundsatz der "Nicht-besser-Stellung" des Empfängers bei nichtigem Vertrag nur auf das Darlehensgeschäft an.
Sie wenden ihn allerdings dort nicht einmal konsequent an. Hinsichtlich der Zinsen nämlich soll der Darlehensempfänger offensichtlich doch besser gestellt werden als bei gültigem Vertrag. Er darf das Kapital nämlich während der rechtsunwirksam vereinbarten Zeit z i n s l o s nutzen[2].

Wenn aber schon die getroffene Vereinbarung zum Anlaß genommen wird, entsprechend dem gültigen Vertrag die Rückforderung des Darlehensbetrages zuzulassen, muß sie auch insoweit Beachtung finden, als eine e n t g e l t l i c h e Überlassung vereinbart war. "Der Leistungsempfänger kann nicht besser stehen, als bei gültigem Darlehen."[3]

---

1) Larenz II, § 63 III b (S. 389)
2) Larenz II, § 63 III b (S. 389)
3) Esser, 2. Aufl., § 194 4 d führt denn auch konsequent aus - "ein Gedanke, der sich auch im Hinblick auf die Rückforderung der Zinsen durchsetzen müßte" - weniger deutlich in 3. Aufl., § 103 IV 1 Abs. 3

Worin unterscheidet sich aber dann das nichtige Darlehensgeschäft noch vom gültigen? Der Darlehensgeber überläßt dem Darlehensnehmer das Kapital auf die (rechtsunwirksam) vereinbarte Zeit gegen Zahlung von Zinsen ! Hier wird Unvergleichbares miteinander verglichen. In der Inkonsequenz der Durchführung dieses Gedankens, in der willkürlichen Beschränkung auf einen Teilaspekt, offenbart sich seine Unbrauchbarkeit.

cc,5) Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die von der herrschenden Meinung vertretene Sonderstellung des Darlehens nicht gerechtfertigt ist.
Das Argument der "nicht endgültig ins Vermögen des Empfängers übergehenden Leistung" kann bei konsequenter Anwendung ebensowenig auf den Fall des Wucherdarlehens beschränkt werden wie das Argument der Nichtbesserstellung des Darlehensnehmers bei ungültigem Vertrag. Beide fordern eine Ausweitung letztlich auf Austauschgeschäfte aller Art, die von der herrschenden Auffassung - zu Recht - nicht vorgenommen wird. Sie würde zu einer nicht vertretbaren Aushöhlung des § 817 S. 2 führen.

dd) "Auch rechtspolitisch erscheint eine Lösung unerwünscht, die den Bewucherten zum Behalten des Darlehenskapitals berechtigen würde und so zu leichtsinniger Aufnahme von Wucherdarlehen und ungerechtfertigtem Vorschützen des Wuchereinwands geradezu verlocken könnte."[1] Diesen Ausführungen des Reichsgerichts ist vorbehaltlos zuzustimmen.[2]

Nicht einzusehen aber ist, warum ein z i n s l o s e s Darlehen auf Zeit, das dem Bewucherten vom Reichsgericht zugesprochen wird, rechtspolitisch erwünschter sein soll. Unerfindlich ist, warum dies

---

1) RGZ 161, 59
2) vgl. die gleichen Bedenken schon bei Kaufmann, Recht 1918, 119

den Bewucherten n i c h t zu leichtsinniger Aufnahme von Wucherdarlehen und ungerechtfertigtem Vorschützen des Wuchereinwandes "geradezu verlocken" könnte. Wo sonst und wie sonst erhält man ein z i n s l o s e s Darlehen, wenn man ein solches zu angemessenen Zinsbedingungen auf Grund der eigenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten nicht erlangen kann?
Die Lösung des Reichsgerichts läßt sich mit der von ihm selbst ausgesprochenen richtigen Erkenntnis nicht vereinbaren.

ee) Aus eben diesen Gründen sind auch Erwägungen abzulehnen, den Vertrag zu angemessenen Zinsen aufrechtzuhalten oder nur eine Teilnichtigkeit des Wuchergeschäfts hinsichtlich der überhöhten Zinsen anzunehmen[1]. Gegen sie spricht schon der insoweit eindeutige Wortlaut des § 138 Abs. 2.[2]
Ein angemessener Zins für ein Darlehen, das etwa einer sich in äußersten wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Person gewährt wird, ist kaum zu ermitteln. Der normale Zins ist es offenbar nicht, denn sonst hätte der Bewucherte ja zu solchen Bedingungen das Darlehen aufnehmen können.

In Verfolgung der vom Reichsgericht - ungewollt insoweit - ausgesprochenen richtigen Erkenntnis der rechtspolitisch unerwünschten Folgen läßt sich auch hier feststellen, daß diese Lösung den wirtschaft-

---

1) vgl. Nachweise bei Staudinger-Coing, § 138,39; RGRK-Krüger-Nieland, § 138, 10.
Es soll aber zugegeben werden, daß dieses Ergebnis einer völligen Entrechtung des Wucherers vorzuziehen ist.

2) Zu Recht weist Staud.-Coing, § 138, 21 a darauf hin, daß diese Lösung (allenfalls) de lege ferenda erwägenswert ist.
Vgl. auch Esser, 3. Aufl., § 103 IV 1 Abs. 3 "Für eine Reduzierung der Gegenleistung auf das "nach den Umständen Angemessene" bietet das Gesetz keine Handhabe."

lich Schwachen "zu leichtsinniger Aufnahme von Wucherdarlehen und ungerechtfertigtem Vorschützen des Wuchereinwandes geradezu verlocken könnte."[1)]

Wer auf Grund seiner schlechten Vermögensverhältnisse ein Darlehen zu geschäftsüblichen Bedingungen nicht erhalten kann, läßt sich bewuchern, schon hat er es. Der Schutz des Bewucherten fordert eine derartige Bevorzugung nicht. Er ist mit der Aufhebung der Verpflichtung zur Zahlung überhöhter Zinsen hinreichend gewährleistet.

4. Eigene Lösung

Eine befriedigende Lösung kann daher nicht bei einer "Manipulation des Leistungsbegriffes" ansetzen, sondern ist nur auf dem oben vorgezeigten Weg der Anwendung des § 817 S. 2 ausschließlich gegenüber § 817 S. 1 zu erreichen.

aa) Wir wollen die Frage offen lassen, ob der Wucherer überhaupt durch die Leistung des Darlehens gegen die guten Sitten verstößt, oder ob nicht vielmehr sittenwidrig allein die Annahme beziehungsweise das Versprechenlassen von übermäßigen Vorteilen ist.[2)] Bei dieser Auslegung wäre für eine Anwendung des § 817 S. 2 ohnehin kein Raum, da weder der Bewucherte durch die Annahme des Darlehens noch der Wucherer durch die Hingabe gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hätten.

Auch wenn man mit der herrschenden Auffassung bereits die Hingabe des Darlehens durch den Wucherer als gegen die guten Sitten verstoßend erachtet, muß nach richtiger Ansicht eine Rückforderung statt-

---

1) RGZ 161, 59
2) vgl. etwa v. Tuhr, AT II 2, S. 47; Planck-Landois, § 817 4 Abs.4, nach dem der Rückforderungsanspruch des Wucherers allerdings durch § 814 ausgeschlossen sein soll.

finden, da § 817 S. 2 bei turpitudo solius dantis nicht anzuwenden ist.

bb) Der Bewucherte kann demnach das von ihm Geleistete zurückverlangen, und zwar sowohl im Wege der condictio ob turpem rem[1] als auch auf Grund der Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes.[2]
Andererseits kann auch der Wucherer einen Bereicherungsanspruch auf Rückgewähr des von ihm Geleisteten geltend machen, und zwar sofort. Wir müssen davon ausgehen, daß der Wucherer um die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes weiß, da andernfalls ein Ausschluß der Rückforderung nicht in Frage steht.[3] Leistet er dennoch, leistet er nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit.[4] Insoweit können die Auffassungen nicht anerkannt werden, die den Ausschluß der Rückforderung zwar nicht aus § 817 S. 2, aber aus § 814 herleiten wollen.[5]
Richtiger Ansicht nach dürfte ein Fall der condictio ob rem vorliegen. Der Wucherer will mit seiner Leistung den Bewucherten zur Zahlung von Zinsen in bestimmter Höhe bewegen, einer Gegenleistung also, die für den Bewucherten weder verboten noch sittenwidrig ist, zu der ihn der Wucherer aber nicht zwingen kann. Das aber ist der typische Fall der condictio ob rem.[6][7]

---

1) statt aller Erman-Westermann, § 817, 3 e aa
2) Das entnimmt man vor allem dem Wortlaut des § 138 Abs.2: ".. gewähren läßt ..", vgl. Staudinger-Coing, 138, 37 ff.(41); s.auch unten S.137
3) s.o.S.67 ff.
4) s.o.S.33 ff; vgl. gerade zum Wucher v.Tuhr, AT II 2, S. 47
5) Oertmann, § 817, 6 a a.E.; Planck-Landois, § 817, 4 Abs.4; s.auch Windscheid-Kipp, a.a.O., S.885. - ablehnend dazu v.Tuhr, a.a.O., S. 47
6) s.o.S.10 Anm. 3
7) Da die h.L.von der Gültigkeit des Erfüllungsgeschäftes des Wucherers ausgeht, scheiden weitere Anspruchsgrundlagen aus. Wer Nichtigkeit auch des wucherischen Erfüllungsgeschäftes annimmt, kommt ohnehin zur Rückgewähr des Geleisteten, es sei denn, er läßt § 817 S.2 auch gegenüber dem Vindikationsanspruch durchgreifen, vgl. Staudinger-Coing, § 138, 40, 41; Lehmann-Hübner, AT § 29 IV 4; auch schon Oertmann, § 817, 6 a a.E.

cc) Erbringt der Bewucherte die Gegenleistung, zu der er nicht verpflichtet ist, nicht, kann der Wucherer seine Leistung sofort zurückfordern.[1] Der Umfang seines Bereicherungsanspruchs ergibt sich aus § 818. Der Wucherer kann also vom Bewucherten auch Wertersatz für die genossene Kapitalnutzung verlangen gemäß § 818 Abs. 2 [2], wenn er ihm das Kapital zunächst belassen hat. Die Höhe des Wertersatzes bemißt sich nach dem üblichen Zinsfuß.[3]
Will der Bewucherte nachträglich beim Vertrag stehenbleiben - wozu er auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen nicht verpflichtet ist -, muß ihm das möglich sein, wenn er den - rechtsunwirksam - vereinbarten Zins freiwillig zahlt.[4] Hierzu bedarf es unseres Erachtens allerdings nicht des Rückgriffs auf eine exceptio doli zur Abwehr der vorzeitigen Rückforderung des Wucherers[5]. Solange der Bewucherte freiwillig zahlt, tritt der vom Wucherer angestrebte Erfolg ein, eine Rückforderung im Wege der condictio ob rem ist damit ausgeschlossen.

Rechtspolitisch stellt sich diese Lösung als eine einseitige Bestätigungsmöglichkeit des Wucherge-

---

1) Zu einem anderen Ergebnis kommt praktisch auch Hoff, AcP 156,483 ff.(500/501) nicht.Hoff betrachtet als Leistung des Wucherers
a) die Geldhingabe und
b) die Überlassung der Kapitalnutzung auf Zeit.
Die Nichtigkeit ergreift auch die vertragliche Laufzeit, das Darlehen kann also jederzeit zurückgefordert werden. Soweit die Leistung dem Bewucherten tatsächlich überlassen worden ist, können allerdings keine Zinsen,auch nicht gemäß § 818, verlangt werden.
2) vgl. zum Umfang des Bereicherungsanspruchs bei Kapitalnutzung Soergel-Mühl, § 818, 18; Erman-Seiler, § 818, 3 d u. 5 b ee
3) Erman-Seiler, § 818, 5 b ee unter Verweisung auf RGZ 151, 123 ff. (127)
4) d.h. nicht aus einer Notlage, aus Leichtsinn, aus Unerfahrenheit
5) Auf diesem Wege will Staudinger-Coing, § 138, 41 dieses Ergebnis erreichen; vgl. auch Rümelin, AcP 98, 169 ff. (272)

schäftes durch den Bewucherten dar - ein Ergebnis, dem verschiedentlich der Vorzug vor der bloßen Anordnung der Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 2 gegeben wird[1].

Dieses Ergebnis wird den Interessen des Bewucherten vollauf gerecht. Er soll vor den Folgen eines aus einer - möglicherweise nur augenblicklichen - Notlage, seiner Unerfahrenheit oder seines Leichtsinns heraus entstandenen Handelns geschützt werden. Dieser Schutz ist dadurch gewährleistet, daß dem gegen ihn gerichteten Anspruch die Durchsetzbarkeit abgesprochen wird. Er soll aber nicht auf Kosten des Wucherers einen durch nichts gerechtfertigten Vermögensvorteil erhalten.

Wer hierin eine wucherfreundliche Regelung sieht, verkennt, daß nicht das Bereicherungsrecht, sondern das Strafrecht einer mißbilligten Ausweitung des Wuchers begegnen muß. Ihm bleibt es auch überlassen, das von dem Wucherer Zurückgeforderte durch eine entsprechende Bestrafung[2] möglicherweise "einzuziehen"[3]. Rückforderung des Geleisteten n e b e n der Möglichkeit der Bestrafung kannte schon das Wuchergesetz von 1880[4]. Die hier vertretene Lösung ist also nicht ohne Vorbilder.

dd) Die Entwicklung der herrschenden Auffassung zum Wuchergeschäft seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches muß rückblickend als Irrweg bezeichnet werden. Zunächst war durchaus noch ein richtiges Verständnis des Wuchergeschäftes vorhanden. Die Entwicklung wurde dann aber durch eine nicht haltbare

---

1) vgl. etwa Rümelin, AcP 98, 169 ff. (273), Anm. 361); ähnlich Riezler, IherJb 89, 177 ff. (222)
2) s.o.S. 106
3) Die Bereicherung weder dem Bewucherten noch dem Wucherer, sondern der "Volksgemeinschaft" zukommen zu lassen, war schon RGZ 151, 70 ff. (74) als naheliegender Gedanke erschienen.
4) s.o.S. 95

Auslegung des § 817 S. 2, nach der die Rückforderung auch bei turpitudo solius dantis ausgeschlossen sein sollte, in eine falsche Richtung gedrängt, die durch die Zustimmung des Reichsgerichts Gewicht fand.
Von hier aus gesehen war der spätere "kühne Versuch" des Großen Zivilsenats[1], die als ungerechtfertigt erkannten Folgen dieser Auslegung zu beseitigen und dem Wucherer wenigstens sein Kapital ohne Zinsen zu retten, nur ein halber Schritt. Dem Reichsgericht muß vorgeworfen werden, daß es nicht zu einer Korrektur der schon in der älteren Lehre und Rechtsprechung vertretenen[2] fehlerhaften Ausdehnung des § 817 S. 2 auf den Fall des einseitigen Leistungsverstoßes fand, sondern sich auf eine fragwürdige Manipulation des Leistungsbegriffes einließ, der zu einem ebenso fragwürdigen Ergebnis führte.
Wenn sich dieses Ergebnis dennoch heute fast uneingeschränkter Zustimmung erfreut, so vielleicht deshalb, weil der Kreditwucher im Wirtschaftsleben nicht mehr die Rolle spielt, die er zu Zeiten des Reichsgerichts einnahm. Dieser Zustand kann sich jedoch schnell und gründlich ändern[3].

Das sollte Anlaß genug sein, die Probleme des Wuchergeschäfts in dem hier dargelegten Sinne neu zu durchdenken.

---

1) RGZ 161, 52 ff. S.o.S. 100 bei Anm. 1
2) S.o.S. 83
3) Es braucht nur auf die augenblicklichen Erscheinungen auf dem Wohnungsmarkt verwiesen zu werden und die Bemühungen, diesen Tendenzen durch eine Verschärfung des Wucherstrafrechts zu begegnen.

D. Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber nichtbereicherungsrechtlichen Ansprüchen

I. Die Frage der Anspruchskonkurrenz

a) Häufig ist eine Leistungskondiktion nicht allein gegeben, sondern trifft mit anderen Ansprüchen zusammen, insbesondere mit dem Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den nicht rechtmäßigen Besitzer aus § 985 und/oder dem Deliktsanspruch aus §§ 823 ff. Das ist ein Erbe des römischen Rechts. In diesem Falle besteht eine echte Anspruchskonkurrenz.[1] Der Bereicherungsanspruch gilt nicht etwa subsidiär.[2] Die Bezeichnung des Vindikationsanspruchs oder Deliktsanspruchs schlechthin als "nächstliegend" ist unglücklich und findet im Gesetz keine Basis.[3] Ebensowenig nimmt der Bereicherungsanspruch aber eine Sonderstellung gegenüber den mit ihm konkurrierenden Ansprüchen ein.[4]

b) Eine andere Frage ist es, ob im Falle einer derartigen Anspruchskonkurrenz der Ausschluß der Rückforderung gemäß § 817 S. 2 sich auf den Bereicherungsanspruch beschränkt, oder ob er sich darüberhinaus auch auf den konkurrierenden nichtbereiche-

---

1) s. zur Frage der Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht Bruns, JuS 1971, 221 ff., bes. 223 ff.
2) h.M., vgl. etwa Erman-Seiler, vor § 812, 3 c; Soergel-Mühl, vor § 812, 10
3) BGH LM 1 zu § 817, wobei der BGH wohl nicht einer echten Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs das Wort reden wollte; unglücklich auch die Formulierung des OLG Düsseldorf, MDR 1953, 231, das von dem "... seinem Wesen nach stärkeren Anspruch aus § 823 BGB...." spricht.
4) Das Bereicherungsrecht ist kein Recht "höherer Ordnung" - so aber Stammler, Festg. Fitting 1903, 131 -, es trifft auch nicht zu, daß Bereicherungsansprüche dem Billigkeitsrecht angehören und deshalb in besonderem Maße unter dem Grundsatz von Treu und Glauben stehen, wie BGH LM 1 zu § 817 annimmt.

rungsrechtlichen Anspruch des Leistenden gegen den Empfänger aus § 985 und / oder §§ 823 ff. erstreckt.

Hier ist zunächst noch einmal festzuhalten, daß nach Wortlaut und Stellung im Gesetz § 817 S. 2 eine auf L e i s t u n g s kondiktionen beschränkte Vorschrift ist, und zwar beschränkt auf den Fall des § 817 S. 1.[1] Dazu kommt ein Weiteres: Die Leistungskondiktion ist "genuin verschieden" von einem Vindikationsanspruch oder einem Deliktsanspruch.[2] Sie ist aber auch ihrem Wesen, Inhalt und Zweck nach von ihnen verschieden. Die rei vindicatio (§§ 985 ff.) geht schlechthin auf Herausgabe, auf R ü c k g e w ä h r der Leistung[3], der Deliktsanspruch auf S c h a d e n s e r s a t z , der Bereicherungsanspruch aber eben auf die B e r e i c h e r u n g - im Falle des § 818 Abs. 4 auf die ursprüngliche Bereicherung. Darum kann eine u n m i t t e l b a r e Anwendung des § 817 S. 2 auf den Herausgabe- beziehungsweise Schadensersatzanspruch der §§ 985 ff., 823 ff. nicht in Betracht kommen.

c) Scheitert also die direkte Anwendung des § 817 S.2 auf die §§ 985 ff. und 823 ff. an der unleugbaren Verschiedenheit der Leistungsrückgewähransprüche, so bleibt letztlich zu überlegen, ob die "rigorose Beschränkung" des § 817 S. 2[4] - nämlich auf § 817

---

1) s.o.S. 81 ; daß bereits die Ausdehnung des § 817 S.2 auf alle B e r e i c h e r u n g s - ansprüche über den Wortlaut der Vorschrift hinausgeht,erkennt auch BGH LM 1 zu § 817 an, ohne daraus jedoch Konsequenzen zu ziehen.

2) Esser, 3. Aufl., § 103 IV 3 Abs.2, obwohl er nicht mehr bereit ist,daraus die Konsequenzen zu ziehen wie noch in der 2. Aufl., § 194 1c 2.Abs. a.E. und § 194 3c 2. Abs.

3) Sie führt aber "in zweiter Linie" auch zum Schadensersatz, s. Bruns, a.a.O., Anm. 43

4) Esser, 3. Aufl., § 103 IV 3 Abs.2 - selbst die von ihm gemeinte Beschränkung auf Kondiktionsansprüche ist, wie wir zu zeigen versuchten, bereits zu viel: auf Bereicherungsansprüche aus § 812 ist § 817 S.2 nicht anwendbar.

S. 1 - zu "untragbaren Ergebnissen"[1] führt und deshalb wenigstens einer a n a l o g e n Anwendung das Wort zu reden ist.
Wir hatten bei der Erörterung des rechtspolitischen Grundgedankens des § 817 S. 2 angedeutet, daß - welche Stellung man in dieser Hinsicht auch bezieht - dies entscheidenden Einfluß auf die Frage der Ausdehnung des § 817 S. 2 hat.[2] Wer den Ausschluß der Rückforderung als Ausfluß eines S t r a f g e d a n k e n s versteht, wer dem Gesetzgeber die Absicht der R e c h t s s c h u t z - v e r s a g u n g unterstellt, kann konsequenterweise bei einer Anwendung gegenüber dem Bereicherungsanspruch nicht stehen bleiben.[3] Es wäre eine seltsame Strafe, eine halbherzige Rechtsschutzversagung, die dem Leistenden zwar den Bereicherungsanspruch, nicht aber die konkurrierenden Ansprüche entzieht. Bereicherungs- und Vindikations- beziehungsweise Deliktsgläubiger sind in gleicher Weise strafwürdig und rechtsschutzunwürdig.[4]

Es ist inkonsequent, wenn der BGH darauf hinweist, daß die Ausdehnung des § 817 S.2 auf alle Bereicherungsansprüche mit dem Charakter dieser Bestimmung als Strafvorschrift begründet worden ist, aber fortfährt:[5] "Das mag demjenigen gegenüber, der nur einen Bereicherungsanspruch hat, gerechtfertigt sein." Warum die Bestrafung des Leistenden nur durch Entzug des Bereicherungsanspruchs gerechtfertigt sein soll, erhellt trotz gegenteiliger Behauptung des Gerichts aus diesen Ausführungen nicht.[6]

---

1) Esser, a.a.O.
2) s.o.S. 42
3) Daher das Bemühen Essers und unser eigenes, eine bereicherungsrechtlich orientierte Lösung zu finden, s.o.S.54 ff.
4) Insoweit ist Raiser, JZ 1951,719 zuzustimmen
5) BGH LM 1 zu § 817
6) Anschließend stellt der BGH, a.a.O.,allerdings zutreffend fest,daß es im allgemeinen nicht Aufgabe des Bürgerlichen Rechts ist,mit Strafen einzugreifen, die weit über das hinausgehen können, was das Strafrecht selbst vorsieht.

Auch hier aber wird deutlich, daß keine Straf- und Rechtsschutzverweigerungstheorie § 817 S.2 als b e r e i c h e r u n g s r e c h t l i c h e Vorschrift erklären kann. Esser weist zu Recht darauf hin[1], daß die Rechtsschutzverweigerungstheorie (das gilt in gleicher Weise für die Straftheorie) offen läßt, warum § 817 S.2 seine Stellung gerade im Bereicherungsrecht hat und nicht als generelle Vorschrift zur Versagung des staatlichen Rechtsschutzes für verbotene Geschäfte in den Allgemeinen Teil des BGB eingefügt worden ist. Das läßt nur den Schluß zu, daß dem Gesetzgeber der Gedanke einer Versagung des staatlichen Rechtsschutzes fern lag und daß er eine derartige Ausdehnung der Norm des § 817 S. 2 bewußt nicht gewollt hat. Esser selbst erklärt in der Vorauflage[2], "daß die Einordnung des § 817 S.2 in das Bereicherungsrecht klar zeigt, daß das BGB den Satz "nemo auditur turpitudinem suam allegans" in seiner Allgemeingültigkeit nicht übernehmen wollte." Dem ist nichts mehr hinzuzufügen.
Diese rechtspolitische Ausgangslage werden wir im Auge behalten bei der nun folgenden Prüfung der Fälle, in denen Rechtsprechung und Lehre auf eine extensive Auslegung des § 817 S.2 zusteuern. Dabei ist die Frage zu stellen, ob es der ausdehnenden Anwendung des dem § 817 S. 2 zugrundeliegenden Gedankens überhaupt bedarf.

II. Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber dem Anspruch des Eigentümers gem. § 985

a) Als Hauptfall einer Konkurrenz ist das Zusammentreffen eines Bereicherungsanspruchs und eines Herausgabeanspruchs gem. § 985 anzusehen.

---

1) Esser, 3. Aufl., § 103 IV 2
2) Esser, 2. Aufl., § 194 3 c

a) Die ältere Lehre lehnte eine Erstreckung des Rückforderungsausschlusses gemäß § 817 S. 2 auch auf den Eigentumsherausgabeanspruch überwiegend ab.[1)]

Auch das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung eine Anwendung des § 817 S. 2 auf Ansprüche aus anderen Rechtsverhältnissen, also auch auf den Anspruch aus § 985 verneint.[2)] In der Regel begnügte es sich dabei mit Feststellungen wie: "Gegenüber dem Anspruch aus Eigentum versagt der Einwand aus § 817 S. 2, der vielmehr dem Kläger nur dann entgegengesetzt werden kann, wenn er seine Klage lediglich auf ungerechtfertigte Bereicherung stützt."[3)]
Diese Auffassung muß auch heute noch als in Schrifttum[4)] und Rechtsprechung[5)] herrschend angesehen werden.

b) Allerdings ist gegen sie in jüngerer Zeit verstärkt Kritik laut geworden. Insbesondere findet man es ungereimt, die Rückforderung zu verweigern, wenn

---

1) vgl. Planck-Landois, § 817,4; Oertmann, § 817,6c; a.A. schon Heck, AcP 124,6 Anm.15; Rumpf, AcP 117,317, dazu kritische Stellungnahme v. Tuhrs, AcP 120, 1 ff. (5/6)
2) RG LZ 1923,565 ff.(567); LZ 1924,329; RG WarnRspr. 1931, Nr.100(199 ff.); vgl. auch RGZ 70, 1 ff. (5); 85, 293 ff.(294/295)
3) RG LZ 1924, 329
4) Enneccerus-Lehmann, § 226 2d; Esser, 2. Aufl., § 194 3 c - wenn auch zweifelnd (anders dann in der 3. Aufl., § 103 IV 3 a.E.); Achilles-Greiff-Brüggemann, § 817, 3a; Erman-Seiler, § 817, 3 c; RGRK-Scheffler, § 817,2; Bastian, JR 1950, 17 ff.(18); Becker, NJW 1952, 53; Erichsen, JR 1950, 654 f.(655); Hammes, JR 1950, 11 ff.(13), den diese Lösung allerdings nicht befriedigt: "der Fehler liegt im Gesetz".
5) BGH LM 1 zu § 817; BGH MDR 1964, 494 - vorsichtig und die Frage nicht endgültig entscheidend; BGH MDR 1965, 639; LG Oldenburg, Nds.Rpfl. 1949, 154; OLG Celle, Nds.Rpfl. 1950, 59; OGHZ 4, 57 ff.(65) - im konkreten Fall hatte das Gericht allerdings über die Anwendung des § 817 S.2 gegenüber einem Anspruch aus § 823 zu entscheiden.

nur das Kausal-, nicht aber das Verfügungsgeschäft nichtig ist - hier liegt nur ein durch § 817 S. 2 ausgeschlossener Bereicherungsanspruch vor -, sie aber zuzulassen, wenn der Sittenverstoß des Leistenden so schwer ist, daß er sogar das dingliche Geschäft nichtig macht, also der Weg über § 985 eröffnet ist[1].

Gestützt auf dieses Argument und den "grundsätzlich gesunde(n) Gedanken des § 817 S. 2, die staatliche Rechtshilfe einem Kläger zu versagen, der die ..... Rechtsschutzwürdigkeit verwirkt hat"[2], hält es eine immer mehr in den Vordergrund rückende Lehre für erforderlich, ja sogar für "selbstverständlich"[3], den Ausschluß der Rückforderung auch auf "juristisch anders geformte Ansprüche als solche aus ungerechtfertigter Bereicherung..." zu erstrekken[4], also auch auf den Anspruch aus § 985.[5]

In der Rechtsprechung haben sich bisher nur einige Instanzgerichte für den Ausschluß des Eigentums-

---

1) Larenz, BT II § 63 III b a.E.; vgl. auch schon Heck, a.a.O., S. 6, Anm. 15
2) Boehmer, Grundlagen I, S. 60
3) Boehmer, a.a.O.
4) Boehmer, a.a.O.
5) Für den Ausschluß des Anspruchs aus § 985 jedenfalls dann, wenn Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes vorliegt, weiter Baur, § 5 IV 3a; Medicus, § 27 III 4 c aa; Esser, 3. Aufl., § 103 IV 3 a.E. - der damit den "beachtlichen" "Argumenten" Rechnung trägt, denen er in der 2.Aufl. § 194 3 c Abs. 2 zu folgen sich noch scheute - seinerseits mit beachtlichem Argument; Palandt-Degenhardt, vor § 854, 5 (anders Palandt - Thomas, § 817, 3 e); Soergel - Mühl, § 817, 12;
v. Caemmerer, SJZ 1950, 646 ff. (650/651) - "Die Unterscheidung zwischen condictio oder vindicatio ist keine zutreffende Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 817 S. 2;
Raiser, JZ 1951, 718 f. - wohl mehr de lege ferenda, entschiedener in Wolff - Raiser, § 84 IV 4

herausgabeanspruchs ausgesprochen.[1]
Der Bundesgerichtshof hat eine entsprechende Ausdehnung des § 817 S. 2, wie dargelegt[2], abgelehnt. Er geht jedoch in einer jüngeren Entscheidung ausführlich auf die Argumente der Gegenseite ein[3], ohne dort endgültig Stellung nehmen zu müssen, da die Anwendung des § 817 S. 2 aus anderen Gründen nicht in Frage kam. Immerhin läßt die vorsichtige Formulierung eine zukünftige Änderung der Rechtsprechung zumindest nicht als ausgeschlossen erscheinen.[4]

c) Zur Klärung der Frage der Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber dem Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe gemäß § 985 sind zwei Sachlagen zu unterscheiden:

1. Das Eigentum sollte überhaupt nicht übertragen werden (Miete, Pacht).

2. Das Eigentum sollte übertragen werden, die Übertragung scheitert aber, weil auch das Verfügungsgeschäft nichtig ist.

1. Eine Übertragung des Eigentums sollte nicht stattfinden

(a) Als Ausgangsfall mag das folgende Beispiel dienen:

A verpachtet ein Bordell an B. Nach h.M. verstößt

---

1) LG Göttingen, Nds.Rpfl. 1951, 86; vgl. auch LG Göttingen, Nds.Rpfl. 1948,130 (zu § 823); LG Tübingen, DRZ 1950, 567 - "§ 817 S.2 greift auch gegenüber dem Eigentumsanspruch durch, wenn nicht ausnahmsweise Treu und Glauben entgegenstehen." - also erst eine fragwürdige Ausdehnung, dann eine ebenso fragwürdige Einschränkung.
2) s.o.S. 122
3) BGH LM 20 zu § 817 BGB
4) In den nachfolgenden Entscheidungen BGHZ 41, 341 ff. und BGH, MDR 1965, 639 wird allerdings eine Ausdehnung des § 817 S.2 auf Verwendungsersatzansprüche gemäß §§ 994 ff. beziehungsweise auf den Anspruch aus § 985 abgelehnt.

ein derartiger Vertrag gegen die guten Sitten und ist daher gemäß § 138 nichtig. A verlangt Herausgabe des Grundstücks.[1] Ein Bereicherungsanspruch ist durch § 817 S. 2 ausgeschlossen. A ist aber Eigentümer des Grundstücks geblieben, da an eine Übereignung nicht gedacht war.
In diesem Fall ist nicht einzusehen, wieso A seines Anspruchs auf Herausgabe gem. § 985 verlustig gehen soll.

(b) Nicht eingreifen kann hier das Argument, wenn die Herausgabe schon bei einem Sittenverstoß unterbunden werde, der das Verfügungsgeschäft unberührt lasse, dann erst recht bei einem Verstoß, der Nichtigkeit auch dieses Geschäfts zur Folge habe[2].
Eine Verfügung über das Eigentum liegt nicht vor, ein Verstoß d u r c h d i e Ü b e r e i g n u n g ist mithin denkunmöglich. Der Ausschluß der Rückforderung würde zu dem merkwürdigen Ergebnis führen, daß Eigentum und Besitz auf die Dauer auseinanderfielen.[3]

(c) Mit Recht lehnt denn selbst die Mehrzahl der Stimmen, die eine Ausdehnung des § 817 S. 2 auf den Vindikationsanspruch grundsätzlich befürworten, eine Einbeziehung dieses Falles ab[4].
Allerdings ist diese Ablehnung teilweise modifiziert durch die vom Wucherdarlehen bekannte Zeittheorie, wonach also etwa bei wucherischer Miete für die Dauer der vereinbarten Mietzeit § 817 S. 2 auch dem auf § 985 gestützten Herausgabeanspruch

---

1) vgl. BGHZ 41, 341 ff.
2) s.o.S.123
3) s. von Tuhr, AcP 120, 1 ff. (6/7)
4) LarenzII,§ 63 III b; Medicus, § 27 III 4 c; Soergel-Mühl, § 817, 12.
v.Caemmerer, SJZ 1950, 650 und natürlich auch die Vertreter der noch h.L., die eine Ausdehnung auf § 985 ohnehin ablehnen.

des wucherischen Vermieters entgegenstehen soll.[1] Weitergehend wird vereinzelt jedoch für die grundsätzliche Erstreckung des Rückforderungsausschlusses auch auf diese Fälle plädiert, da man es für wenig sinnvoll hält, "..... die Anwendung des Grundsatzes gegenüber dem Vindikationsanspruch davon abhängig zu machen, ob der Eigentümer die Sache dem Empfänger nur auf Zeit überlassen oder endgültig übertragen wollte"[2].

(d) Diese Lösung erscheint uns allein konsequent zu sein. Legt man den Rechtsschutzgedanken oder den Strafgedanken zugrunde[3], ist es nur folgerichtig, daß derjenige, der dem Dieb die instrumenta sceleris bloß leiht, nicht schutzwürdiger ist als derjenige, der sie ihm gegen einen Anteil an der Beute ganz überläßt.[4]
Allerdings knüpft diese Konsequenz an f a l s c h e V o r a u s s e t z u n g e n an. Ein allgemeiner Rechtsschutzversagungsgedanke oder ein allgemeiner Strafgedanke liegen der Vorschrift eben n i c h t zugrunde[5]. Und wenn Raiser feststellt, die von ihm im Rahmen des § 985 abgelehnte

---

1) Larenz, a.a.O.; Soergel-Mühl, a.a.O.; v.Caemmerer, a.a.O.
Konsequenterweise müßte das auch bei einer aus anderen Gründen als Wucher sittenwidrigen Überlassung auf Zeit gelten, also etwa bei der hier in Frage stehenden Bordellpacht. BGHZ 41,341 ff. (343) setzt sich denn auch in diesem Zusammenhang mit der Frage auseinander,wobei er jedoch die Frage des zeitweiligen Ausschlusses auch des § 985 "wegen der besonderen Fallgestaltung" unentschieden läßt.
2) Raiser, JZ 1951, 719 - wohl mehr de lege ferenda
3) Raiser, a.a.O. geht aus vom Gedanken der Rechtsschutzversagung als Ausprägung des Gedankens vom Handeln auf eigene Gefahr.
4) Raiser, a.a.O. - konsequent kommt auch Strobl, Diss., S.101 von dem Grundgedanken der Rechtsschutzversagung her zur Anwendung des § 817 S.2 in diesen Fällen.
5) s.o.S. 44 ff., 49 ff.

Zeittheorie gehöre zu den alten Versuchen der Rechtsprechung, die Tragweite des § 817 S. 2 einzudämmen[1], so ist das ungenau: Nicht die Tragweite des § 817 S. 2, sondern die Tragweite einer f a l s c h e n Auslegung wurden auf diesem Wege eingedämmt.

(e) Die Lösung nach den hier vertretenen Grundsätzen kann nicht zweifelhaft sein: der Ausschluß der Rückforderung des Besitzes auf Grund des beim Leistenden verbliebenen Eigentums ist entschieden abzulehnen.

(aa) § 817 S. 2 ist auf das Bereicherungsrecht zu beschränken. Er enthält weder einen Rechtsschutzverweigerungs- noch einen Strafgedanken. Für eine analoge Anwendung mangelt es sowohl an einer Verwandtheit der rechtlichen Ausgangslage - ein Verstoß durch eine Übereignung liegt nicht vor -, als auch an einem Bedürfnis. Der Anspruch aus § 985 knüpft allein an das Eigentum an. Er ist gegeben, wenn der Besitzer dem Eigentümer kein Recht zum Besitz entgegenhalten kann[2]. Weitere Voraussetzungen sind nicht erforderlich. Da sie im Ausgangsfall erfüllt sind, muß demnach auch der Herausgabeanspruch gewährt werden.
Jede andere Lösung würde in ihrer Auswirkung einer durch nichts gerechtfertigten "Enteignung" gleichkommen. Sie würde darüberhinaus zu dem unerfreulichen Ergebnis führen, daß Eigentum und Besitz auf die Dauer auseinanderfielen[3].

---

1) Raiser, a.a.O., 719
2) Umstr. ist die Frage, ob das Recht zum Besitz eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung darstellt. Vgl. dazu etwa Wolff - Raiser, SR, § 84 A. 15
3) Zu welch bedenklichen Auswirkungen das im Grundstückverkehr führen kann, zeigt Strobl, Diss., S. 96, 119; s. auch v.Tuhr, AcP 120, 6,7

(bb) Das von Raiser angezogene Beispiel[1], wonach derjenige, der "... dem Dieb die instrumenta sceleris bloß leiht, nicht schutzwürdiger ist als der, der sie ihm gegen einen Anteil an der Beute ganz überläßt", ist Ausdruck einer abzulehnenden Vermengung strafrechtlicher und zivilrechtlicher Gesichtspunkte.
Strafrechtlich mag das Verhalten der Beteiligten in beiden Fällen gleich zu werten sein, zivilrechtlich besteht der maßgebende Unterschied nun einmal darin, daß der eine Eigentümer ist, der andere nicht. Auf dem Wege des Strafrechts kann auch der allein befriedigende Ausweg gefunden werden: Gemäß § 40 StGB können, wenn ein Verbrechen oder Vergehen begangen worden ist, Gegenstände, die zur Begehung der Tat oder ihrer Vorbereitung gebraucht worden sind, eingezogen werden. Die vorsichtige Formulierung, wonach eine Einziehung stattfinden k a n n , d.h. im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtes steht[2], entspricht der vielschichtigen Sachlage weit mehr als eine etwaige "Einziehung" durch § 817 S. 2, die nicht im Ermessen des Gerichts stehen und zu dem unbefriedigenden Ergebnis einer nicht gerechtfertigten Bevorzugung des Diebes führen würde[3].

(cc) Nach alldem kann der Anspruch des Eigentümers auch nicht auf Zeit ausgeschlossen werden.
Ist die Theorie "der Leistung zum nur vorübergehenden Gebrauch" schon im Rahmen des Bereicherungsrechts nicht haltbar[4], so muß eine Ausweitung dieser Grundsätze über das Bereicherungsrecht hinaus

---

1) JZ 1951, 719; s.o.S.126 bei Anm. 3 u. 4
2) vgl. Schönke-Schröder, § 40, Anm. 38 ff.
3) Wir erinnern uns an BGH LM 1 zu § 817: "... nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechts, mit Strafen einzugreifen, die weit über das hinausgehen können, was das Strafrecht selbst vorsieht..", s.o.S.120 Anm. 6
4) s.o.S. 106 f.

vollends abgelehnt werden.
Die Frage der sofortigen Rückgabe des Bordellbetriebes[1] läßt sich daher leicht lösen, indem man dem Herausgabeanspruch des Verpächters gem. § 985 ungehindert stattgibt. Der BGH müht sich statt dessen, dieses auch von ihm gewünschte Ergebnis mittels einer fragwürdigen Konstruktion zu erreichen, wonach "im Widerstreit zwischen der rechtspolitisch problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift des § 817 S. 2 und der Generalklausel des § 138 letzterer der Vorzug gebührt."[2]

2. Die Übertragung des Eigentums scheitert an der Sittenwidrigkeit des Verfügungsgeschäfts oder einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot.

(a) Eigentlicher Ansatzpunkt der in der Rechtslehre zunehmenden Kritik ist denn auch der Fall der infolge eines Verstoßes gescheiterten Eigentumsübertragung[3]. Erwähnt wurde bereits das gängige Argument, das für eine Erstreckung des § 817 S. 2 in diesem Fall auch auf den Anspruch aus § 985 angeführt wird:
Man hält es für ungereimt, die Herausgabe zu unterbinden, wenn das Verfügungsgeschäft von dem Sittenverstoß unberührt bleibt - der dann allein mögliche Bereicherungsanspruch ist durch § 817 S.2 ausgeschlossen -, sie aber zu ermöglichen, wenn der Sittenverstoß "so schwer ist", daß er auch das Erfüllungsgeschäft ergreift und damit den Weg über § 985 eröffnet[4].

---

1) Um die es unter anderem in BGHZ 41, 341 ff. ging.
2) Das also ist die "besondere Fallgestaltung", auf Grund derer der BGH die Frage der Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber dem Anspruch aus § 985 glaubt offen lassen zu können.
3) s.o.S. 123
4) s.o.S. 123

Dieses Argument ermangelt auf den ersten Blick nicht einer gewissen Überzeugungskraft. Tatsächlich liegt der Gedanke nahe, dem Leistenden erst recht dann die Rückforderung zu versagen, wenn sein Sitten- oder Gesetzesverstoß "besonders schwer" ist. Auf Grund unserer bisherigen Erfahrungen mit Erstrecht-Schlüssen im Rahmen der Diskussion um § 817,2, erscheint jedoch eine skeptische Distanz angebracht.

(b) Die Forderung nach Ausschluß des Eigentumsherausgabeanspruchs, der erst durch den Sittenverstoß eröffnet worden ist, wirft zwei Vorfragen auf:

(1) Kann das dingliche Verfügungsgeschäft überhaupt gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstoßen mit der Konsequenz der Nichtigkeit gemäß §§ 134, 138?

(2) Wenn diese Frage zu bejahen ist:
Wann verstößt das abstrakte Verfügungsgeschäft gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot oder - anders ausgedrückt: Wann handelt es sich um einen "besonders schweren" Verstoß, sodaß er die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes zur Folge hat ? [1]

Zu (1)

(a) Die Frage, ob das abstrakte Verfügungsgeschäft gegen die guten Sitten verstoßen kann, ist sehr umstritten.
Einigkeit besteht allerdings insoweit, als die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes grundsätzlich unabhängig von dem ihm zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft ist[2]. Das ergibt sich aus dem Grund-

1) Wir schließen uns der Diskussion in der Lehre insoweit an,als nur auf den "Sittenverstoß" abgestellt wird.Die Problematik des Gesetzesverstoßes ist aber damit durchaus vergleichbar.
2) Larenz,AT, § 28 III c(S.439); Lehmann-Hübner,§ 25 III 2 b u. § 27 III; Staudinger-Coing, § 138,22; RGZ 63,179 ff.(184/185); 68,97 ff.(100); 109, 201 ff.(202); BGHSt NJW 1954, 1292

satz der Abstraktheit des dinglichen Rechtsgeschäfts, d.h. seiner rechtlichen Loslösung von dem zugrundeliegenden kausalen Rechtsvorgang.[1)]

Eine Ausnahme wird etwa für den Fall anerkannt, daß die Parteien die Wirksamkeit der dinglichen Verfügung von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes abhängig gemacht haben. Das kann jedoch im Regelfall nicht angenommen werden[2)].
Hält man also, wie es die herrschende Auffassung tut, den Vertrag des Freiers mit der Dirne für sittenwidrig, so ist damit zunächst nur das Verpflichtungsgeschäft als sittenwidrig und damit nichtig anzusehen, ohne daß sich daraus Konsequenzen für die Übereignung des Dirnenlohns ergeben[3)].
Die Frage, ob auch das Verfügungsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, ist allein aus ihm heraus und speziell für es zu beantworten.

(b) Das Verfügungsgeschäft zielt seinem Inhalt nach auf eine unmittelbare Rechtsänderung ab, hier die Übertragung des Eigentums.[4)] Dieser Inhalt ist für sich allein hinsichtlich einer Beurteilung nach den für die Sittenwidrigkeit geltenden Maßstäben unergiebig. Die Übereignung "als solche", die bloße Einigung über den Eigentumsübergang kann man nicht als gegen die guten Sitten verstoßend charakterisieren. Ihre Auswirkung erschöpft sich in einer bloßen Änderung der Güterzuordnung.

---

1) Auf eine nähere Darlegung muß verzichtet werden, vgl. etwa die Darstellung bei Baur, SR, § 5 IV mit weiteren Nachweisen.
2) vgl. Baur, § 5 IV 3 b; Westermann, § 4 IV 2 - die Parteien müssen über die Gültigkeit des kausalen Geschäfts im Ungewissen gewesen sein; Larenz, AT, § 28 III c (439); BGHSt NJW 1954, 1292; vgl. auch Weber, AcP 169, 239 f.
3) Dieser Fall lag BGHSt NJW 1954, 1292 zugrunde, vgl. dazu auch Flume, AT § 18 8 c aa
4) Larenz, AT, § 28 III c (439)

Aus diesem Grund bezeichnet man das abstrakte Verfügungsgeschäft auch als hinsichtlich der guten Sitten "indifferent"[1], als "sittlich neutral"[2], oder es wird in der anschaulicheren Sprache der Rechtsprechung die Übereignung von Möbeln "...ein an sich farbloses Geschäft..." genannt[3] oder treffend bemerkt, daß "...die Übergabe eines Geldscheines regelmäßig keine Beziehung zur Sittenordnung aufweist"[4].
Diese "sittliche Neutralität" des dinglichen Verfügungsgeschäftes ist denn auch das maßgebende Kriterium für eine verbreitete Auffassung, wonach das dingliche Verfügungsgeschäft i n d e r R e g e l nicht gegen die guten Sitten verstößt[5]. Insoweit würden sich im hier interessierenden Fragenkreis keine Probleme ergeben. Da die Übereignung gültig bleibt, besteht kein Herausgabeanspruch. Allerdings ist dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt durchgeführt worden.

(c) Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts wird auch vom Reichsgericht für den Fall angenommen, "... daß gerade mit dem dinglichen Rechtsvorgang unsittliche Zwecke verfolgt werden oder daß in ihm die Unsittlichkeit begründet liegt[6]".
Das ist bejaht worden hinsichtlich der Übereignung eines Grundstücks im Rahmen eines vor der Ehescheidung geschlossenen sittenwidrigen Auseinandersetzungsvertrages[7]. "Der festgestellte Sachverhalt

---

1) Palandt-Danckelmann, § 138, 1a
2) Erman-Westermann, § 138, 9; vgl. auch Larenz, AT, § 28 III c (439); Baur, § 5 IV 3a
3) RGZ 109, 202
4) BGHSt NJW 1954, 1292 - Übereignung an eine Dirne
5) vgl. Palandt-Danckelmann, § 138, 1a; Erman - Westermann, § 138, 9; RGZ 109, 201 ff. (202); BGHSt NJW 1954, 1292
6) RGZ 145, 152 ff. (154); ähnl. RG Seuff.Arch. 84 (1930), Nr. 55 (S. 97)
7) RGZ 145, 152

ergibt einwandfrei, daß die Klägerin (Ehefrau) nicht durch die bloße schuldrechtliche Verpflichtung des Beklagten (Ehemann) zur Übereignung des Grundstücks, deren Erfüllung er nach erfolgter Scheidung unter Hinweis auf § 138 Abs. 1 hätte verweigern können, sondern nur dadurch zur Erhebung der Scheidungsklage bestimmt werden sollte und bestimmt worden ist, daß der Beklagte gleichzeitig die Übereignung selbst vornahm."[1] Da das Reichsgericht eine Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber dem § 985 ablehnte, hätte der Ehemann, nachdem er die Scheidung erreicht hatte, das Grundstück zurückverlangen können.[2]
Immerhin ist dieser Auffassung insoweit zuzustimmen, als die Möglichkeit der Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts grundsätzlich anerkannt wird. Tatsächlich kann die Behauptung, das Verfügungsgeschäft sei sittlich neutral und daher regelmäßig gültig, in dieser Allgemeinheit nicht aufrechterhalten werden.

(d) Auch ein Verpflichtunggeschäft kann inhaltlich neutral sein. Der Kaufvertrag über ein Bordellgrundstück stellt sich seinem Inhalt nach als ein normaler Kaufvertrag dar. Zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ist eben nicht nur der Inhalt, sondern die "Gesamtgestaltung des Geschäftes" entscheidend, also auch die Beweggründe der Parteien, die von ihnen verfolgten Zwecke[3]. Diese Gesamtgestaltung ist auch maßgebend für das dingliche Rechtsgeschäft. Ergibt sich aus ihr die Sittenwidrigkeit des "abstrakten" Verfügungsgeschäftes, steht grundsätzlich nichts im Wege, dessen

---

1) RGZ 145, 154
2) Das RG hatte nur über die wirksame Bestellung einer Hypothek für den beklagten Ehemann zu entscheiden.
3) vgl. etwa Palandt-Danckelmann, § 138, 1 b

Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 anzunehmen[1]. Damit ist die erste gestellte Vorfrage bejaht.

Zu (2)

Es bleibt die Frage, wann im einzelnen Sittenwidrigkeit des Verfügungsgeschäftes und damit seine Nichtigkeit anzunehmen ist, insbesondere ob sie, wie im Zusammenhang mit § 817 S.2 immer verlautet[2], von der S c h w e r e des Sittenverstoßes abhängig ist.

(a) Die zum Teil verwandte Formel, wonach die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes gerade in ihm begründet liegen oder gerade mit dem dinglichen Rechtsvorgang ein unsittlicher Zweck verfolgt werden müsse[3], ist zu unpräzis, um in jeder Sachlage eine klare Entscheidung treffen zu können. Sie sagt im Grunde nichts darüber aus, unter welchen Umständen denn nun die Unsittlichkeit gerade in dem dinglichen Geschäft begründet ist.

(b) Entscheidend muß vielmehr darauf abgestellt werden, ob die Rechtsänderung, die unabhängig von dem ihr

---

1) Flume, AT, § 18 8 c; Larenz, AT § 28 III c; unkorrekt ist es, wenn Erman-Westermann, § 138, 9 nach Aufzählung der von der Rspr. gemachten Ausnahmen vom Grundsatz der sittlichen Indifferenz des Verfügungsgeschäftes darauf hinweist, daß sonst aber mit der Abstraktion "Ernst gemacht" wird. Die Anerkennung einer Sittenwidrigkeit auch des dinglichen Rechtsgeschäfts stellt u.E. keine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips dar, da sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft getrennt und unabhängig voneinander hinsichtlich ihrer Sittenwidrigkeit zu überprüfen sind. Eine Durchbrechung dieses Prinzips würde nur dann vorliegen, wenn die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes gerade von der Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes abhängig gemacht würde.

2) S.o.S. 123

3) S.o.S. 132;
RGZ 145, 152 ff. (154); BGHSt NJW 1954, 1292; Staudinger-Coing, § 138, 22

zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft abgelaufen ist, mit Rücksicht auf die Interessen der Beteiligten und auf die Interessen Dritter Bestand haben kann[1].

(aa) Berührt die Rechtsänderung nur die Interessen der Beteiligten, besteht grundsätzlich kein Bedürfnis für die Rechtsordnung, die von ihnen in dieser Weise selbst gewollte Rechtsänderung nicht anzuerkennen.
Die Übereignung des Dirnenlohnes durch den Freier an die Dirne betrifft nur die Interessen dieser beiden, entspricht ihrem Willen. Eine Aufhebung dieser Rechtsänderung erscheint daher nicht erforderlich[2]. Ähnliches gilt für den Kauf eines Bordellgrundstücks, wenn wir mit der herrschenden Auffassung einmal von der Sittenwidrigkeit dieses Geschäftes überhaupt ausgehen[3]. Unter diese Kate-

---

1) vgl. insbesondere Flume, AT, § 18 8 c; Larenz, AT, § 28 III c, denen wir uns insoweit anschließen.

2) Es ist anerkannt, daß im Falle der Dirnenbezahlung die dingliche Verfügung nicht von der Nichtigkeit ergriffen wird, vgl.etwa BGHSt NJW 1954, 1292; Erman-Westermann, § 138,9.
Nach der Formel - die Unsittlichkeit muß gerade in dem dinglichen Geschäft begründet liegen - ist das nicht selbstverständlich: in Anlehnung an RGZ 145, 152 ff. könnte man sagen, daß die Dirne sich nur zum Geschlechtsverkehr bereiterklärt, weil ihr das Geld übereignet wird. Sie ist also nicht schon durch die bloße schuldrechtliche Verpflichtung, deren Erfüllung der Freier - wie sie weiß - verweigern kann,sondern erst durch die dingliche Verfügung zu ihrem sittenwidrigen Tun veranlaßt worden. Gerade in diesem Geschäft liegt also die Unsittlichkeit begründet.

Diese Lösung erscheint mir konsequent. Daß sie trotzdem - im Ergebnis zu Recht - nicht vertreten wird, zeigt die Schwäche der oben dargelegten Formel.

3) Auch für die Übereignung des Bordellgrundstückes wird grundsätzlich davon ausgegangen, daß sie von der Sittenwidrigkeit nicht berührt wird, vgl. Larenz, AT, § 28 III c; Staudinger-Coing, § 138, 22; RGZ 78, 41 ff. (44)

gorie ist unseres Erachtens auch der von Baur[1] angeführte Beispielfall einzuordnen, der hier etwas ausführlicher wiedergegeben werden soll:
"M hat der F wiederholt Heiratsanträge gemacht, jedoch erfolglos. Schließlich übereignet er ihr ein wertvolles Geschäftshaus, damit sie ihn heirate. Dies tut sie dann auch. Später reut M seine Großzügigkeit.
Hier ist die Übereignung sicher nichtig. Es ist einem aber nicht wohl bei dem Gedanken, daß nun M von F Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) und Herausgabe des Grundstücks (§ 985) sollte verlangen können. Dieses "Gefühl" leitet über zu dem Gedanken, ob § 817 S. 2 nicht auch auf dingliche Ansprüche entsprechend anwendbar ist; diese Frage ist entgegen der h.M. zu bejahen."
Diese Argumentation erscheint symptomatisch für die Behandlung, die man dem § 817 in mancher Beziehung angedeihen läßt. Weil dem Bearbeiter "nicht wohl bei dem Gedanken" einer Herausgabe ist und "aus diesem Gefühl heraus" will er den § 817 S. 2 auch gegenüber dem Eigentumsanspruch anwenden. Zuvor hat er die Übereignung für "sicher" nichtig erklärt. Kurios mutet es dann an, wenn in der Folge auf die unerwünschten Auswirkungen dieser "gefühlsmäßigen" Entscheidung hingewiesen wird:
M ist und bleibt materiellrechtlich Eigentümer, da er aber seine Rechtsposition wegen § 817 S. 2 nicht ausnutzen kann, ist und bleibt F im Grundbuch eingetragen; dieses bleibt dauernd unrichtig.
Nach den hier vertretenen Grundsätzen bietet sich folgende Lösung an:
Wenn Interessen Dritter (etwa Unterhaltsberechtigter gegenüber M) nicht berührt sind - wovon hier ausgegangen werden muß, da andernfalls dem Verfasser bei dem Gedanken an die Rückforderung

---

1) Baur, § 5 IV 3 a

"wohler" gewesen wäre -, steht nichts im Wege, die von den Parteien vorgenommene Rechtsänderung anzuerkennen. F ist und bleibt Eigentümerin des Grundstücks, was ja "dem Gefühl" des Verfassers entspricht. Formelle und materielle Rechtslage stimmen überein. Eine mehr als zweifelhafte Ausdehnung des § 817 S. 2 ist nicht erforderlich.[1)]

(bb) Anders ist allerdings zu entscheiden, wenn sich die Sittenwidrigkeit gerade g e g e n d e n V e r f ü g e n d e n richtet. In diesem Fall verlangt der Schutz des "sich selbst benachteiligenden" Verfügenden, daß die Rechtsänderung nicht anerkannt wird. Das ist zum Beispiel für die Leistung des Bewucherten an den Wucherer anzunehmen[2)] und überhaupt für die sogenannten Knebelungsverträge[3)].

Der Verfügende könnte zwar regelmäßig seine Leistung auch auf dem Wege des Bereicherungsrechts herausverlangen, die Verweisung auf diesen Anspruch würde jedoch unter Umständen zur Wiederherstellung der verletzten Rechtsposition des Verfügenden nicht ausreichen[4)].

---

1) Zweifelhaft bleibt darüberhinaus die These, daß eine Übereinkunft in der hier dargestellten Weise gegen die guten Sitten überhaupt verstößt. Jede Ehe hat eine durchaus nicht unbeachtliche güterrechtliche Seite. Die Tatsache, daß jemand aus rein materiellen Motiven heiratet, mag manchem moralisch angreifbar erscheinen, ob sie deshalb gleich zu einer Sittenwidrigkeit gem. § 138 führen muß, unterliegt starken Bedenken.

2) Das wird schon aus der Fassung des § 138 Abs.2 gefolgert,wo es heißt: "Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft,durch das jemand...sich..Vermögensvorteile..... g e w ä h r e n läßt...", vgl.statt aller Erman-Westermann, § 138, 15. Flume, AT, § 18 8 c bb weist aber mit Recht daraufhin, daß auch ohne diese Regelung Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes anzunehmen sei.

3) vgl. Larenz, AT, § 28 III c; Flume, a.a.O.; Erman-Westermann, § 138, 11 p, 11 r

4) Man denke etwa an die Möglichkeit des Wucherers, über die Sache weiterzuverfügen.

(cc) Gleiches gilt, wenn nicht der verfügende Vertragsteil, sondern D r i t t e durch die Rechtsänderung gefährdet werden. Zu denken ist an Fälle der Gläubigerbenachteiligung oder an eine Gefährdung der Interessen unterhalts- oder erbberechtigter Familienangehöriger[1].
Der Schutz eben dieser Dritten verlangt, daß die Rechtsänderung nicht anerkannt wird[2]. Dabei wird nicht jede vage Vermögensgefährdung Dritter ausreichen, sondern es muß ein gewisses finales Moment gefordert werden.
Typisch ist etwa der vom Reichsgericht entschiedene folgende Fall[3]:
Der verstorbene Ehegatte hatte kurz vor seinem Tode ein Grundstück seiner Geliebten geschenkt, u m - wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt - es seiner Ehefrau als Alleinerbin zu entziehen und der Ehebrecherin zuzuwenden.

(dd) Man könnte noch eine vierte Gruppe dazugesellen: Rechtsänderungen, deren Nichtanerkennung das

---

1) Flume, a.a.O.; Larenz, a.a.O.
2) Nach diesen Grundsätzen wäre Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes anzunehmen in dem lesenswerten Fall, der BGHZ 36, 395 ff. zu Grunde lag: Schenkung eines Gemäldes von Lucas Cranach d.Ä. durch die Stadt Köln an die Tochter des damaligen Preuß.Ministerpräsidenten Göring anläßlich ihrer Taufe im Jahre 1938.
Der BGH, der den Rechtsstreit zurückverwies, hatte Zweifel an der Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes. Der von ihm statt dessen vorsorglich angestellten Erwägung einer mehr als fragwürdigen Einschränkung des § 817 S. 2, der gegenüber der damals schutzlosen Gemeinschaft nicht angewendet werden könne, hätte es nicht bedurft. Jedenfalls im Ergebnis zu Recht hat denn auch das OLG Köln in einer späteren Entscheidung zu diesem Fall Nichtigkeit des dinglichen Verfügungsgeschäftes angenommen, UFITA 1970 (Bd. 56), 337 ff. (348)
3) RGZ 111, 151 ff. - das Reichsgericht nahm allerdings G ü l t i g k e i t der Grundstücksübereignung an, vgl. dazu Flume, § 18 8 c bb

G e m e i n i n t e r e s s e erfordert[1]. Als Beispiel mag genannt werden die Abtretung einer Forderung, um die Voraussetzungen für die Erlangung des Armenrechts zu erfüllen.
Jedoch läßt sich diese Gruppe unseres Erachtens ohne größere Schwierigkeiten in die eben dargelegte Variante - Berücksichtigung der Interessen Dritter - einordnen. Bei einem genügend weiten Verständnis des Begriffs "Dritter" kann dieser die Allgemeinheit einbegreifen[2].

(c) Zusammenfassend läßt sich also sagen[3]:
Das Verfügungsgeschäft wird nicht durch die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes berührt. Es kann aber trotz seines an sich neutralen Inhalts sittenwidrig und damit nichtig sein, wenn die mit ihm verfolgte Rechtsänderung mit Rücksicht auf die Interessen des Verfügenden oder Dritter (und/oder Gemeininteressen) nicht anerkannt werden kann. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist für ein Eingreifen der Rechtsordnung kein Grund gegeben, die von den Parteien vorgenommene Rechtsänderung bleibt gültig.

Damit haben wir die zwei Vorfragen[4]:

- Kann das Verfügungsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein?
- Wann ist das der Fall? -

beantwortet.

d) Erinnern wir uns an die Ausgangslage: Es wird die Anwendung des § 817 S. 2 auch gegenüber dem Anspruch aus § 985 verlangt, wenn die Sittenwidrigkeit nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern

---

1) Flume, a.a.O.
2) Larenz, AT § 28 III c (441) begnügt sich mit einer Unterscheidung zwischen den Interessen des Verfügenden und den Interessen Dritter. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Problem würde den Rahmen der Arbeit sprengen.
3) Im Anschluß an Larenz und Flume, s.o.S. 135
4) s.o.S. 130 ff. zu (b) (1) u. (2)

auch das Erfüllungsgeschäft ergreift, da es ungereimt sei, den Leistenden besser zu stellen, wenn sein Sittenverstoß s o s c h w e r ist, daß er sogar das dingliche Geschäft nichtig macht.[1)]

Als wir dem Problem der Sittenwidrigkeit des dinglichen Verfügungsgeschäftes nachgingen, sind uns verschiedene Argumente begegnet. N i r g e n d s aber wurde die Behauptung aufgestellt, daß die Nichtigkeit von der S c h w e r e des Verstoßes abhängt.
Damit entfällt unversehens das zunächst so überzeugend klingende Argument für einen Erst-recht-Schluß.

(e) Es entfällt aber nicht nur ein Argument f ü r eine Ausdehnung des § 817 S. 2 auf den § 985, aus der kurzen Analyse ergeben sich vielmehr die stärksten Bedenken g e g e n eine entsprechende Anwendung des § 817 S. 2 in diesem Fall. Untersuchen wir, welche Folgen ein Ausschluß der Rückforderung in den drei dargelegten Varianten haben würde.

(aa) Nichtigkeit des abstrakten Verfügungsgeschäftes, weil sich die Sittenwidrigkeit gerade gegen die verfügende Partei richtet. (Leistung des Bewucherten an den Wucherer):
Eine Anwendung des Ausschlusses der Rückforderung des Leistenden (Bewucherten) entfällt schon deshalb, weil er regelmäßig mit seiner Leistung nicht gegen die guten Sitten verstößt[2)]. Ihm steht ein Bereicherungsanspruch ungehindert von § 817 S. 2 zu, den er in Konkurrenz zu dem Anspruch aus § 985 geltend machen kann.
Für eine analoge Anwendung des § 817 S. 2 besteht weder Raum noch Bedürfnis.

---

1) s.o.S. 123 , insbesondere Larenz, II, § 63 III b
2) das Sittengebot, gegen das die Leistung verstößt, ist gerade zu s e i n e m Schutz aufgestellt

(bb) Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes, weil sich der Sittenverstoß gegen schutzwürdige Interessen Dritter richtet:

Die Nichtigkeit des abstrakten Geschäftes war damit begründet worden, daß der Schutz dieser Dritten eine Anerkennung der Rechtsänderung untersage oder - positiv ausgedrückt - ein Verbleiben des Vermögensgegenstandes bei dem Verfügenden gebiete.

Es wäre widersinnig, dem Verfügungsgeschäft unter diesem Vorzeichen und mit dieser Absicht die Wirksamkeit absprechen zu wollen, das erstrebte Ergebnis dann aber durch eine - noch dazu entsprechende - Anwendung des § 817 S. 2 wieder zu verhindern. Viel eher könnte man sich fragen, ob nicht § 817 S. 2 angesichts dieser Sachlage einer entsprechenden Einschränkung unterworfen werden sollte[1].

Für eine Anwendung gegenüber dem Anspruch aus § 985 besteht in diesem Fall kein Anlaß.

(cc) Im Falle der Gültigkeit des Verfügungsgeschäftes, wenn weder der Schutz der verfügenden Partei noch der Schutz Dritter die Nichtanerkennung der Rechtsänderung verlangt, entfällt die Problemstellung, da hier ein Anspruch aus § 985 nicht gegeben ist.

Immerhin läßt sich sagen, daß § 817 S. 2 insoweit eine Lücke schließt, als er den möglichen bereicherungsrechtlichen Ausgleich unterbindet. Ebensowenig wie ein Interesse an einer Rückgängigmachung der dinglichen Rechtsänderung besteht, liegt ein Interesse an einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung vor.

(f) Ergebnis (zu S. 121 ff.)
Mithin bleibt für eine ausdehnende Anwendung des § 817 S. 2 auch gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers kein Raum.

---

1) diese Meinung wird tatsächlich vertreten, s.u.S. 171

Das Argument der im Vordringen begriffenen Lehre, der Herausgabeanspruch müsse untersagt werden, wenn die Sittenwidrigkeit so schwer sei, daß Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft der Nichtigkeit anheimfielen, ist nicht haltbar. Die Frage der Nichtigkeit entscheidet sich nicht nach der S c h w e r e des Sittenverstoßes, sondern nach einer A b w ä g u n g d e r d a b e i b e r ü h r t e n I n t e r e s s e n .
Nur wenn diese Interessen eine Anerkennung der in Bezug auf die Sittenordnung an sich indifferenten Rechtsänderung verbieten, ergreift die Nichtigkeit richtiger Ansicht nach das Verfügungsgeschäft. Dann aber ist für eine entsprechende Anwendung des § 817 S. 2 weder Raum noch Interesse. Sie würde das erstrebte Ergebnis, nämlich Schutz des Leistenden beziehungsweise Schutz Dritter durch Vermögensrückfluß an den Leistenden gerade wieder verhindern. Darüberhinaus mangelt es in der Variante - Nichtigkeit wegen Schutzbedürfnisses des Verfügenden - regelmäßig an einem Verstoß des Verfügenden = Leistenden, so daß die Voraussetzungen des § 817 S. 2 schon im Bereicherungsrecht entfallen.

III. Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung.

1. a) Eine weitere Streitfrage ergibt sich aus der Konkurrenz zwischen Bereicherungsanspruch und Deliktsanspruch gem. § 823:
Ist § 817 S. 2 gegenüber Ansprüchen aus unerlaubter Handlung anzuwenden? Auch hier kommt allenfalls eine analoge Anwendung in Frage. Wortlaut des § 817 S. 2, Stellung im Gesetz und Zusammenhang mit anderen gesetzlichen Vorschriften sprechen, wie wir sahen, eindeutig für eine Anwendung innerhalb des

Bereicherungsrechts, und auch dort nur beschränkt auf § 817 S. 1 [1]. Insoweit kann auf unsere Ausführungen zur Frage einer direkten Anwendung des § 817 S. 2 auf den Vindikationsanspruch verwiesen werden[2].

b) Die ältere Lehre[3] und die Rechtsprechung des Reichsgerichts[4] entschieden sich denn auch - ganz wie in der Frage der Anwendung des § 817 S. 2 gegenüber dem Eigentumsanspruch - überwiegend dafür, daß die Vorschrift zwar nicht auf die im ersten Satze bezeichneten Fälle zu beschränken sei; sie könne aber doch nur auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und nicht auf Forderungen aus anderen Rechtsverhältnissen, insbesondere auf solche aus unerlaubten Handlungen, angewandt werden[5].

Diese Auffassung muß auch heute noch als in Schrifttum und Rechtsprechung[6][7] vorherrschend angesehen werden.

c) Allerdings wird vereinzelt Kritik laut an einer solchen Beschränkung der Ausschlußklausel auf das

---

1) s.o.S. 71 ff.
2) s.o.S. 118 ff.
3) Heck, AcP 124, S.57 Anm.119; Oertmann, § 817, 6 c; Planck-Landois, § 817,4
4) RGZ 70,1 ff.(6); 85,293 ff.(295); 101,307 ff. (308); RG Recht 1917, Nr.195; RG LZ 1920,294; LZ 1921,567 f.; LZ 1922,68 f. u.a.
5) vgl. etwa RGZ 70, 5/6
6) Enneccerus-Lehmann, § 226 2 d; Larenz, II, § 63 III b; Erman-Seiler, § 817, 3 c aa; Palandt-Thomas, § 817,3 e; Soergel-Mühl, § 817,12; Staudinger-Seufert, § 817, 23; Becker, NJW 1952,53; Hammes, JR 1950, 11 ff.(13)
7) OGHZ 4,65; BGH LM 1 zu § 817 - mit der der mißverständlichen Formulierung, daß der Anspruch aus § 985 bzw. 823 der nächstliegende sei..., s.o.S. 118
vgl. auch die zum Verhältnis § 817 S. 2 - § 985 ergangenen Entscheidungen BGH LM 1 zu § 817 u. OLG Celle, NdsRpfl. 1950, 59 f. (60), nach der die Bestimmung des § 817 S.2 "durchaus singulärer Natur" ist.

Bereicherungsrecht. Wie auch gegenüber dem Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe hält man es "... an sich für selbstverständlich, daß der grundsätzlich gesunde Gedanke des § 817 S. 2, die staatliche Rechtshilfe einem Kläger zu versagen, der durch den mit seiner Leistung verfolgten Zweck gegen Gesetz oder gute Sitten verstoßen und damit die Rechtsschutzwürdigkeit verwirkt hat, auch auf juristisch anders geformte Ansprüche als solche aus ungerechtfertigter Bereicherung, wie Eigentums- oder Deliktsansprüche, erstreckt werden muß."[1] Verhindern möchte man auch, daß der Verstoßende auf dem Weg über eine Schadensersatzforderung das erlangt, was ihm das Bereicherungsrecht versagt[2]. Ein getäuschtes Vertrauen auf ein Risikogeschäft soll nicht geschützt werden[3].

d) Es ist schon mehrfach dargelegt worden[4], daß weder der Gedanke der Rechtsschutzversagung noch der Strafgedanke die Regelung des § 817 S. 2 als bereicherungsrechtliche Vorschrift erklären können. Von hier gesehen, erscheint es nur konsequent, auch "juristisch anders geformte Ansprüche" von dem Ausschluß erfassen zu lassen.
Jedoch: Einen derartigen rechtspolitischen Grundgedanken, wonach sich derjenige, der sich außerhalb der Rechtsordnung stellt, keinen Schutz verdient, kennt das geltende Recht nicht.[5] Auf seine Einführung würde die Ausdehnung des § 817 S. 2 aus den

---

1) Boehmer, Grdlg. I, 60; ähnlich Raiser, JZ 1951, 718 f. (719); vgl. auch v. Caemmerer, SJZ 1950, 651
2) LG Göttingen, NdsRpfl. 1948, 130; NdsRpfl. 1951, 86; dagegen ausdrücklich BGH LM 1 zu § 817; vgl. a.schon OLG Köln, JW 1920, 396
3) LG Göttingen, NdsRpfl. 1948, 130
4) s.o.S. 47, 49
5) s.o.S. 121

dargelegten Erwägungen aber hinauslaufen[1]. Über einen solchen allgemeinen Grundsatz ist nur de lege ferenda, nicht aber de lege lata zu diskutieren, wie denn auch anerkannt wird, daß er "die viel zu enge Schale des § 817 S. 2" sprengen würde[2]. Eine Erstreckung des § 817 S. 2 auch auf den Anspruch des § 823 ist vom rechtspolitischen Grundgedanken der Vorschrift her nicht begründet.

e) Überzeugender erscheint hingegen das Argument, auf dem Weg über das Schadensersatzrecht dürfe nicht erreicht werden, was nach Bereicherungsrecht versagt sei[3].
In der Tat wäre es bedenklich, die Vorschrift des § 817 S. 2 auf diese Weise zu umgehen. Bei genauerer Betrachtung erweist sich jedoch dieses Argument nicht als stichhaltig.

aa) Die Behauptung, bei einem Durchgreifen des Deliktsanspruches könne gerade das verlangt werden, was der Bereicherungsanspruch versage, kann in dieser Allgemeinheit nicht aufrechterhalten werden. Bereicherungsanspruch und Schadensersatzanspruch sind, wie gesagt, nicht inhaltsgleich. Mit dem Bereicherungsanspruch wird die beim Anspruchs g e g n e r stattgefundene ungerechtfertigte - im Falle des § 818 Abs.4 ursprüngliche - Vermögensmehrung rückgängig gemacht. Der Schadensersatzanspruch hingegen gleicht die durch die unerlaubte Handlung bewirkte Vermögensminderung beim Anspruchs b e r e c h t i g t e n aus. Schon aus diesem Grunde ist die oben angeführte Argumentation zumindest ungenau.

---

1) Insoweit zu Recht bemerkt Foth, GA 66, 33 ff.(38), daß die neueren Strömungen der Zivilrechtsdogmatik dem Satz vom Handeln auf eigene Gefahr eine Bedeutung beilegen, die entschieden in die Richtung reiner Pönalisierung weist.
2) Raiser, JZ 1951, 719
3) s.o.S. 144

bb) Darüberhinaus ist die Frage, ob in den hier interessierenden Fällen überhaupt ein ausgleichsfähiger Schaden entstanden ist, nicht ohne weiteres zu bejahen. Sie ist verknüpft mit der s t r a f r e c h t l i c h e n Problematik der strafbaren Handlung im Rahmen sittenwidriger oder illegaler Rechtsgeschäfte.
Der Regelfall des Zusammentreffens eines durch § 817 S. 2 ausgeschlossenen Bereicherungsanspruchs mit einem Schadensersatzanspruch wird sein, daß im Rahmen eines gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßenden gegenseitigen Vertrages ein Partner den anderen "betrügt". Er spiegelt ihm etwa eine nicht vorhandene Erfüllungsbereitschaft vor oder täuscht über eine mangelhafte Erfüllung. Problematisch ist diese Sachlage deshalb, weil infolge der Sittenwidrigkeit oder des Gesetzesverstoßes ein durchsetzbarer Anspruch auf Erfüllung beziehungsweise ordnungsgemäße Erfüllung nicht existiert.

cc) Ob ein derartiger Anspruch s t r a f r e c h t l i c h e n Schutz genießt, ist umstritten.[1)]

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte das zunächst verneint, da ein Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen nicht vorliege. Seit der Entscheidung RGSt 44, 230 ff., die einen Betrug durch Verkauf untauglicher Abtreibungsmittel bejahte, hat sich eine w i r t s c h a f t l i c h e B e t r a c h t u n g s w e i s e durchgesetzt[2)]. Danach wird ein strafrechtlicher Vermögensschaden nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Getäuschte im Rahmen eines sitten- oder gesetzwidrigen Geschäftes Leistungen erbracht hat. Der Anspruch soll

---

1) Das ist interessant für uns im Hinblick auf § 823 Abs. 2
2) vgl. Nachweise etwa bei Schönke-Schröder, § 263, 58, 70, 105; Foth, GA 1966, 33

vielmehr bereits dann strafrechtlichen Schutz genießen, wenn er tatsächlich durchsetzbar ist und daher einen "wirtschaftlichen Wert darstellt"[1].

Gegen diese extrem weite Auffassung wird nach wie vor besonders im Schrifttum Kritik laut[2]. Interessanterweise beruft man sich unter anderem gerade auch auf die zivilrechtliche Regelung des § 817 S. 2[3]. Es wird erwogen, von einer strafrechtlichen Verfolgung zumindest dann Abstand zu nehmen, wenn der entzogene Vermögenswert vom Verfügenden selbst illegal erworben worden war oder wenn es sich um die Nichterfüllung von Ansprüchen handelt, die zivilrechtlich nicht existent sind[4].

In diesen Fällen würde also ein Betrug nicht vorliegen, damit aber auch ein Schadensersatzanspruch, zumindest gem. § 823 Abs.2, entfallen[5][6].

dd) Aber auch wenn man aus strafrechtlicher Sicht einen Vermögensschaden und damit einen Betrug be-

---

1) s.Anm.2, S.146 ; diese These wird allerdings nicht immer konsequent verfolgt: Ein Betrug zum Nachteil der Dirne etwa wird abgelehnt, vgl. Schönke-Schröder, § 263, 68 a
2) vgl. aus jüngerer Zeit Cramer, JuS 1966,472 ff.; Foth, GA 1966, 33 ff. (45/46)
3) Foth, a.a.O., 38 f.
4) vgl. Foth, GA 66,39; Cramer, JuS 1966,472 ff. (477) plädiert für eine Straflosigkeit entsprechender Fälle(Dirnenbetrug,Freierbetrug) und "zahlreiche(r)Parallelsituationen.....angefangen von der Bezahlung untauglicher Abtreibungsmittel bis zum sog.Spritzen auf dem Schwarzen Markt".
5) Das dürfte in den Fällen des "Nur-Vermögensschadens" von großer Bedeutung sein, da hier ein Ausgleich über § 823 Abs.1 entfällt.
6) Es ist hier nicht der Ort,diese strafrechtlichen Fragen einer Lösung zuzuführen. Dennoch erscheint eine Einschränkung der h.L. für die Fälle erwägenswert, in denen im Rahmen nichtiger - weil sittenwidriger oder verbotener - Geschäfte geleistet worden ist. Der Schaden beruht letztlich auf dem Verhalten des Geschädigten, von "einer unbewußten Selbstschädigung", wie sie gemeinhin den Betrug auszeichnet, kann nicht gesprochen werden, vgl. auch Cramer, JuS 1966, 477.

jaht, ist damit noch nicht über die Frage des zivilrechtlichen Ersatzanspruchs entschieden.

Das Reichsgericht hat in der oben (unter bb) zitierten grundlegenden Entscheidung ausdrücklich die Frage offengelassen, ob den durch die Lieferung des untauglichen Abtreibungsmittels "geschädigten" Frauen trotz § 817 S. 2 ein Ersatzanspruch gemäß §§ 823, 826 BGB zustand.
"Für den strafrechtlichen Vermögensschaden ist es ohne Bedeutung, ob das bürgerliche Recht ihn als der Ausgleichung fähig und bedürftig erachtet. Die bürgerlichrechtliche Verfolgbarkeit des Betrugsschadens bildet keine unbedingte Voraussetzung der strafrechtlichen Verfolgbarkeit. Ein so weitgehendes Abhängigkeitsverhältnis zwischen bürgerlichem Rechte und Strafrechte.... besteht nicht."[1)]
Umgekehrt ist also zu folgern, daß die Annahme eines Vermögensschadens im Sinne des § 263 StGB nicht zwingend auf die Annahme eines nach zivilrechtlichen Grundsätzen auszugleichenden Schadens schließen läßt.[2)]

f) aa) Diese Frage beantwortet sich allein aus dem bürgerlichen Recht. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Schaden[3)] dadurch entstanden ist, daß der Geschä-

---

1) RGSt 44, 243; vgl. auch Bockelmann, Festschr.f. Mezger, 380 - "Außerdem ist es aber gar keine ungewöhnliche Erscheinung, daß der strafrechtliche Vermögensschutz weiter reicht als der zivilrechtliche."
2) Zum grds. Unterschied zwischen Strafrechts- und Zivilrechtsordnung vgl. etwa Bruns, Festschrift f.Mezger, 335 ff. (361): "Dem Strafrecht kommt es in erster Linie darauf an, die allgemeine Rechtsordnung zu schützen, die allgemeine Rechtssicherheit zu gewährleisten; keineswegs greift die Staatsgewalt nur um des Schutzes der Einzelbelange willen ein.
Vgl. dazu auch v.Caemmerer, SJZ 1950, 651; Boehmer, Grdlg. I, S. 52
3) ein Schaden i.S. einer wirtschaftlichen Vermögensminderung, § 249, liegt vor.

digte den Vermögenswert im Rahmen eines sittenwidrigen oder verbotenen Geschäftes aufs Spiel gesetzt hat. Wegen dieser Mißbilligung der Leistung wird die "Forderung", die er als "Gegenleistung" erhalten hat, als rechtlich nicht existent, nicht realisierbar angesehen.
Insoweit kann man das Verhalten des Leistenden = Geschädigten als Verschulden bei der Entstehung des Schadens werten, das ihm gemäß § 254 anzurechnen ist.[1] Eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens kann dazu führen, daß im Einzelfall ein Schadensersatzanspruch zu versagen ist.

bb) So hat das Reichsgericht, das - wie dargelegt[2] - grundsätzlich eine Anwendung des § 817 S. 2 auf nichtbereicherungsrechtliche Ansprüche ablehnte, die Rückforderung eines in sittenwidriger Weise zu Spielzwecken hingegebenen Darlehens ausgeschlossen, obwohl der Darlehensnehmer wahrheitswidrig falsche Angaben über sein Alter gemacht hatte und insoweit ein Anspruch aus unerlaubter Handlung gem. § 823 Abs. 2 in Frage kam[3]. Nachdem das Reichsgericht ausgeführt hatte, daß dem Geschädigten = Darlehensgeber selbst eine sittenwidrige Handlung vorzuwerfen ist, fährt es fort: "Es hat daher, soweit die Klage auf eine unerlaubte Handlung des Beklagten gestützt wird, die Vorschrift des § 254 Anwendung zu finden, und es erscheint gerechtfertigt, auf Grund derselben dem Kläger jeden Anspruch auf Schadensersatz zu versagen - " und: "Aber die erste und hauptsächlichste Ursache dieses Schadens war doch

---

1) vgl. Staud.-Werner, § 254,29; RGZ 70,1 ff. (6); diese Situation grenzt an den Bereich des Handelns auf eigene Gefahr; vgl. dazu auch Erman-Sirp, § 254, 3 a ff.
2) s.o.S. 143, 146 ff.
3) RGZ 70, 1 ff. (6) - dem Betrugsanspruch wurde hier nicht stattgegeben, wie v. Caemmerer, SJZ 1950, 651, Anm. 45, meint; auf den Fall RGZ 85, 293 (295) trifft es dagegen zu: s.u.S. 150.

eben das eigene schuldhafte Verhalten des Klägers ... ."[1]

Dagegen gewährte das Reichsgericht in einer weiteren Entscheidung[2] dem Wucherer einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2, weil der Bewucherte ihm wahrheitswidrig verschwiegen hatte, daß er unter Vormundschaft stand. Zu diesem Ergebnis kam es, weil bei einer Abwägung des beiderseitigen Verschuldens berücksichtigt werden müsse, daß der Bewucherte (Schädiger) hier als ein überaus leichtfertiger Mensch aufgetreten sei, der bei den Geschädigten (Wucherern) die Vorstellung von der in seiner Person gegebenen Ausbeutungsmöglichkeit erst betrügerisch hervorgerufen habe, indem er nämlich falsche Angaben über seine Vermögensverhältnisse machte.

Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit hier unterschwellig die Unzufriedenheit mit dem grundsätzlichen Ausschluß der Rückforderung des Wucherers[3] das Ergebnis beeinflußt hat. Nach der hier vertretenen Auffassung[4] hätte der Wucherer seinen Anspruch, ungehindert durch § 817 S. 2, geltend machen können. Offensichtlich wollte das Reichsgericht aber nicht von den in RGZ 70, 1 ff. dargelegten Grundsätzen abweichen. Das ergibt sich etwa aus der Feststellung, daß im allgemeinen, wenn ein wucherisches Geschäft vorlag, "... das Maß der Schuld bei dem Wucherer ebenso hoch wie bei dem Betrüger sein möge"[5] -, ein Schadensersatzanspruch also nach einer Abwägung des beiderseitigen Verschuldens gemäß § 254 ausscheide.

In weiteren Entscheidungen des Reichsgerichts[6] erscheint der Grundsatz des Nichtausschlusses des

---

1) RGZ, a.a.O. S. 6/7
2) RGZ 85, 293 ff. (295)
3) Der wurde ja dann in RGZ 161,52 aufgehoben.
4) s.o.S. 113 ff.
5) RGZ 85, 295
6) s. auch S. 143

Deliktsanspruches zum Teil nur als obiter dictum, ohne daß über Höhe und Art des Schadensersatzes entschieden werden mußte.[1)]

cc) Es kann also nicht die Rede davon sein, daß durch die Nichterstreckung des § 817 S. 2 auf die Deliktsansprüche "auf dem Weg über das Schadensersatzrecht verlangt" werden könne, was die Bestimmungen des Bereicherungsrechts versagten.

Eine solche Argumentation verkennt, daß auf dem Wege des § 254 das Mitverschulden des selbst sitten- oder verbotswidrig Handelnden durchaus in Anrechnung gebracht werden kann.

dd) Grundsätze für eine Beurteilung des Verhaltens der beteiligten Parteien unter dem Aspekt des § 254 können im Rahmen dieser Arbeit nur angedeutet werden. Für den Regelfall, daß der "Schädiger" - also

---

1) RGZ 101,307 ff.(307/308) - die Frage, ob ein Verstoß gegen §§ 134,138 vorliegt, bleibt offen.
RG LZ 1920,294 - es fehlte an den tatsächlichen Voraussetzungen für einen Deliktsanspruch; ähnlich RG LZ 1921, 567;
In RG LZ 1922,68 wird die Frage offengelassen, wenn auch ein Schadensersatzanspruch grundsätzlich bejaht wird(Lieferung von Steinen statt Tabak im Rahmen eines verbotenen Geschäfts);
RG JW 1913,734 - die Frage wird offengelassen: "Der wegen einer unerlaubten Handlung Belangte wird aber nicht schon deshalb haftfrei, weil dem Verletzten ebenfalls eine sittenwidrige Handlungsweise zur Last fällt.Eine davon verschiedene Frage ist die, ob der Verletzte einen ersatzfähigen Vermögensschaden erlitten hat,wenn seine eigene Handlung, zu deren Förderung sich der Täter betrüglich erboten hat, wegen ihrer Sittenwidrigkeit keine Rechtswirkung zu erzeugen vermag und sein Anspruch auf Ersatz der für die Handlung gemachten Aufwendungen oder des aus ihr erwarteten Gewinns keinen Privatrechtsschutz genießt."
Vgl. auch LG Osnabrück, NJW 1950,751(Anm. Larenz).
Auch der Bundesgerichtshof hat in den Entscheidungen, in denen er sich mit der Frage der Anwendbarkeit des § 817 S. 2 gegenüber den Deliktsansprüchen - verneinend - auseinandersetzt (s.o. S. 143), nicht zu entscheiden brauchen, was letztlich auf dem Wege des Schadensersatzes herausverlangt werden kann.

etwa der Käufer, der im Zusammenhang mit einem gegen die guten Sitten verstoßenden Kaufvertrag den Verkäufer betrügt - trotz entgegenstehendem vorherigem Versprechen die Zahlung, zu der er n i c h t verpflichtet ist, nicht leistet, mag ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen sein. Fruchtbar scheint aber eine Differenzierung dahingehend zu sein:
Hat der Betrüger den Betrogenen zum Abschluß des mißbilligten Geschäftes veranlaßt in der Absicht, ihn in betrügerischer Weise zu schädigen?
Oder hat der Betrogene dem Betrüger die mißbilligte Geschäftsverbindung angetragen und damit ihm die Chance zum Betrug überhaupt erst eröffnet?

In dem ersten Fall würden die Umstände für ein überwiegendes Verschulden des Betrügers, in dem zweiten Fall für ein ausgeglichenes Verschulden sprechen. Diese Grundsätze scheinen letztlich auch den oben ausführlich dargelegten Entscheidungen des Reichsgerichts zugrundezuliegen. Bei Versagung des Anspruchs aus unerlaubter Handlung[1] hebt das Reichsgericht ausdrücklich hervor, daß "erste und hauptsächlichste Ursache dieses Schadens ... doch eben das eigene schuldhafte Verhalten des Klägers (Betrogenen)" war. Umgekehrt wurde bei Gewährung des Ersatzanspruchs als maßgebend angesehen, ob der Beklagte (Betrüger, Bewucherter) "in den Köpfen der Geldgeber (Betrogenen, Wucherer) die Vorstellung von der in seiner Person gegebenen Ausbeutungsmöglichkeit erst ... betrügerisch hervorgerufen (habe),..".[2]
Eine Auseinandersetzung mit diesen der Rechtsprechung des Reichsgerichts zugrundeliegenden Gedanken vermißt man in der jüngeren Rechtsprechung, die § 817 S.2 teils ausdehnend, teils eingeschränkt anwenden will.[3]

---

1) RGZ 70, 1 ff.
2) RGZ 85, 293 ff.
3) s.o.S.143f.; vgl. etwa LG Göttingen, NdsRpfl. 1948,130; OGHZ 4, 57 ff.

g) Ergebnis

Das für die Ausdehnung des § 817 S. 2 auch auf die Deliktsansprüche vorgebrachte Argument - es dürfe nicht auf dem Wege des Schadensersatzes gefordert werden, was die Bestimmungen des Bereicherungsrechts versagen - ist demnach nicht überzeugend. Der Ersatzanspruch des Deliktsgläubigers richtet sich allein nach den entsprechenden gesetzlichen Vorschriften, die eine Anrechnung seines mißbilligten Verhaltens, das im Rahmen des Bereicherungsrechts zum Ausschluß der Rückforderung führt, im Rahmen des § 254 ebenfalls durchaus möglich machen.

§ 817 S. 2 aber ist entsprechend seinem Wortlaut, seiner Stellung im Gesetz, seinem Zusammenhang mit anderen bereicherungsrechtlichen Vorschriften auf das Bereicherungsrecht beschränkt.

E. Einschränkungsversuche hinsichtlich der Anwendung von § 817 S.2

Da man die Folgen der Anwendung des § 817 S. 2 teilweise als unerträglich empfand[1], hat man auf mannigfaltige Weise versucht, ihnen durch eine einschränkende Auslegung zu begegnen.
Die wichtigsten dieser Versuche aus neuerer Zeit sollen nun Gegenstand der Erörterung sein.

I. Einschränkung nach dem Schutzzweck des Verbotsgesetzes

1. Besondere Bedeutung nahm zeitweise die Vorstellung einer Einschränkung des § 817 S. 2 vom Schutzzweck des Verbotsgesetzes her ein. Dieser Gedanke hatte einen aktuellen zeitgeschichtlichen Anlaß. "Es waren die Schwarzhandelsgeschäfte der Nachkriegsjahre, die dafür sorgten, daß das in friedlicheren Zeiten an Bordellkäufen und Wucherdarlehen entwickelte Problem des § 817 S. 2 nicht zur Ruhe kam."[2]
Insbesondere bei Verstößen gegen die durch den Zusammenbruch der Wirtschaft erforderlich gewordenen Preis- und Bewirtschaftungsbestimmungen glaubte man, § 817 S. 2 ausschließen zu müssen[3].
Die wirtschaftliche Stabilisierung hat die Diskussion, ohne daß es zu einer Lösung gekommen ist, zwar wieder verebben lassen, konnte die einmal aufgeworfene Frage aber nicht aus der Welt schaffen.

---

1) Folgen, die zum Teil erst durch eine ungerechtfertigt weite Auslegung hervorgerufen wurden - z.B. im Wucherfall
2) Raiser, JZ 1951, 718
3) Einen informativen Überblick über die Entwicklung des Preisrechts findet man bei Erbs-Kohlhaas, Str. Nebenges., § 2 WiStrG, 5 f.
vgl. auch Staud.-Coing, § 134, 21 a ff.

2. a) Für eine einschränkende Anwendung des § 817 S. 2 im Falle des Verstoßes gegen Bestimmungen der Preis- und Wirtschaftsgesetzgebung wurde etwa vorgetragen, der Gesetzgeber habe um die Jahrhundertwende nicht ahnen können, welche Entwicklung das Gebiet der Wirtschaftsbestimmungen, insbesondere die Preisrechtsregelung, die Kriegswirtschaftsregelung, die Devisenbewirtschaftung nehmen würde.
§ 817 S. 2 werde, meinte man, in seiner alten Fassung den heutigen Gegebenheiten nicht mehr gerecht.[1] Er dürfe daher in diesen Fällen nicht angewandt werden.

Die Anwendung des § 817 S. 2 würde weiter zur Folge haben, daß etwa bei gezahlten Überpreisen trotz der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes der Preis bei dem Empfänger bleibe. Damit würde genau das Gegenteil dessen erreicht, was mit Hilfe der Bestimmungen gesichert werden sollte, nämlich volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise. § 817 S. 2 sanktioniere den rechtspolitisch unerwünschten Zustand und unterhöhle auf diese Weise die gesamte Preisgesetzgebung.[2]

Als vorzuziehende Lösung bei Preisregelungen wurde daher Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäftes zum zulässigen Preis und Rückgabe des Überpreises an den Leistenden angenommen[3].

Dabei glaubte man sich insbesondere auf den § 5 der VO über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen

---

1) vgl. Bastian, JR 1950, 17 ff. (18); Brandt, MDR 1948, 201 ff. (204); s.a. Wüst, JZ 1960, 265 ff. (270); als nicht überzeugend lehnt etwa LG Hamburg MDR 1950, 482 diesen Gedanken ab.
2) Bastian, JR 1950, 17; vgl. auch die Nachweise bei Hammes, JR 1950, 11 ff. (14 Anm. 40) und Fabricius, JZ 1963, 85 ff. (86 f.)
3) vgl. OLG Hamburg, BB 1950, 631; OLG Halle, JR 1951, 658; LG Köln, WM 1956, 132 f.
s.a. die Hinweise bei v.Caemmerer, SJZ 1950, Sp. 647 f. und Friemann, ZAKDR 1942, 177 ff. (178)

von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7.7. 1942 berufen zu können[1], der nicht als Ausnahmeregelung, sondern als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens verstanden wurde[2].

Ganz allgemein wurde darüberhinaus die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 verneint, wenn der Gesetzesverstoß nicht gleichzeitig einen Sittenverstoß darstellte. § 817 S. 2 beziehe sich nur auf Vorschriften, die sich aus der allgemeinen Sittennorm herleiten ließen, nicht aber Vorschriften reinen Ordnungscharakters[3][4].

---

1) RGBl I S. 451 - §5- "Eine Leistung, die das ... als vereinbart geltende Entgelt übersteigt, kann der Leistende nach den allgemeinen Vorschriften zurückfordern. § 817 S.2 BGB ... sind nicht anzuwenden."

2) Paetow, NJW 1947/48, 296; Brandt, MDR 1948, 204; Bastian, JR 1950, 19 ; vgl. auch Fabricius, JZ 1963, 86, A. 13;
OLG Frankfurt, HEZ 2, 180; daß im übrigen die Regelung des § 5 VO 1942 durchaus nicht unbedenklich ist, zeigt sehr schön die Entscheidung BGH LM 9 zu § 817 - der Käufer hatte den Verkäufer durch Vorspiegelung einer entsprechenden Zahlungsbereitschaft und spätere Berufung auf den Festpreis in die "Falle des Preisrechts" gelockt.

3) OLG Hamburg, NJW 1947/48, 625; LG Münster, MDR 1949, 680 - unter zu weitgehender Berufung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts - richtigstellend OGH BrZ NJW 1950, 691 f.
LG Braunschweig, MDR 1950, 733 verlangt gleichfalls unter Berufung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts (s.dazu OGH NJW, 1950, 691) für die Anwendung des § 817 S. 2 regelmäßig, also auch bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, eine besondere sittliche Verwerflichkeit auf Seiten des Leistenden. Diese verneint es im zur Entscheidung anstehenden Fall hinsichtlich eines Mieters, der bewußt eine überhöhte Miete entrichtet hatte.Kurioserweise schließt das Landgericht die Rückforderung der Miete trotzdem aus,und zwar unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung.
S.zu dem Problem auch Coing, NJW 1949, 558 f. und Wüst, JZ 1960, 265 ff., 270

4) Die Unterscheidung zwischen Normen bloßen Ordnungscharakters und Normen der Sittenordnung scheint sich mit dem Problem der Unterscheidung zwischen Kriminalunrecht und Ordnungsunrecht zu berühren. Kritisch dazu Göhler, OWiG vor § 1, 2 a.E. m.w. Nachw.; Rebmann-Roth - Herrmann, § 1 OWiG, Anm.2 und Mittelbach, DÖV 1957, 251 ff. (252)

In die gleiche Richtung tendierten schließlich Bestrebungen, die Anwendung des § 817 S. 2 immer dann auszuschließen, wenn die Belassung der tatsächlich eingetretenen Bereicherung bei dem Leistungsempfänger nach Abwägung der Umstände des konkreten Falles nach Treu und Glauben nicht gerechtfertigt sei[1].

Dennoch kann man bei rückschauender Betrachtung dem OLG Hamburg nicht zustimmen, wenn es 1950 befand: "Nach jetzt wohl herrschender Ansicht ist demjenigen, der einen Uberpreis gezahlt hat, bei Aufrechterhaltung des Vertrages zum gültigen Preis ein Anspruch auf Rückzahlung zuzubilligen". § 817 S. 2 stehe dem nicht im Wege[2].

b) Die Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung, die für eine wortgetreue einschränkungslose Anwendung des § 817 S. 2 auch bei Verstößen gegen Preis- und Wirtschaftsbestimmungen eintrat, konnte ebenfalls mit einer stattlichen Zahl von Argumenten aufwarten.

Man fand, daß Entstehungsgeschichte und Wortlaut durchaus nicht dafür sprächen, daß der Gesetzgeber die Vorschrift nicht auf alle zukünftigen Gesetze habe angewandt wissen wollen[3].

Es sei nicht Aufgabe des BGB - Gesetzgebers gewesen, die allgemeine Norm - § 817 S. 2 - mit einem "An-

---

1) Bastian, JR 1950, 17 ff. (19); Schl.Hol.OLG JR 1949, 280 - "Der Käufer kann.. zurückfordern, wenn nach Billigkeitsgesichtspunkten gewichtigere Belange für sein Rückforderungsrecht sprechen als für die Belassung des gezahlten Preises beim Verkäufer" - das ist nicht gerade eine eindeutige Aussage; vgl. auch LG Köln, WM 1956, 132.

2) BB 1950, 631 - es folgen die Argumente: Vereitelung des vom Gesetzgeber gewollten Zweckes, widersprechendes Rechtsgefühl.

3) Hammes, JR 1950, 15; s.a. LG Hamburg, MDR 1950, 482

hängsel" zu belasten, sondern die Aufgabe des Gesetzgebers des spezielleren Verbotsgesetzes, über die Anwendung des § 817 S.2 zu entscheiden. Als eine solche Entscheidung sei etwa § 5 der VO zum Grundstücksverkehr von 1942 anzusehen[1].
Der Richter könne sich nicht gesetzgeberische Funktionen anmaßen und auf Grund eigener preispolitischer Überlegungen sich der Anwendung der Norm entziehen[2].
§ 5 VO von 1942 sei eine Ausnahmeregelung. Sie dürfe nicht auf andere Preisvorschriften erstreckt werden. Gerade die Tatsache, daß der Gesetzgeber diese Regelung getroffen habe, dokumentiere seine Auffassung, daß für das Preisrecht die Ausschließung des § 817 S. 2 ausdrücklich angeordnet werden müsse[3].

Es wurde weiterhin bestritten, daß eine Anwendung des § 817 S. 2 den Zweck der Verbotsvorschriften vereitele, weil sie den Vermögenszustand festige, dessen Eintritt der Gesetzgeber habe verhindern wollen. Den Übergang der Leistung in das Vermögen des Empfängers wolle letztlich jedes Verbotsgesetz verhindern[4], durch die Anwendung des § 817 S. 2 werde der nicht erwünschte Erfolg aber regelmäßig sanktioniert. [5] Ein erheblicher Unterschied der

---

1) S.o.S. 155 f. Dazu Hammes, a.a.O.
2) Hammes, a.a.O.; ähnlich auch BGHZ 8, 348 ff. (372) - "Was zur Zeit der Preisbindungen nicht ratsam und zweckvoll erschien, kann rückwärtshin nicht gut anders beurteilt werden"; vgl. auch Fabricius, JZ 1963, 87
3) Hammes, a.a.O.; BGHZ 8, 372 läßt es dahingestellt sein: "Überwiegende Gründe sprechen weder für das eine noch für das andere." Gegen eine Verallgemeinerung des § 5 VO 1942 auch LG Göttingen, Nds.Rpfl. 1950, 143; OLG Celle, Nds.Rpfl. 1949, 56; OLG Köln, NJW 1961, 1473 bezeichnet die Vorschrift gar als eine in das System des Bürgerlichen Rechts nicht passende Ausnahmevorschrift; in diesem Sinne auch OLG Braunschweig, NJW 1964, 1279; vgl. auch o. S. 156, Anm. 1 - 3
4) So auch Fabricius, JZ 1963, S. 87 unter III 2
5) Hammes, JR 1950, 15/16

Preisvorschriften von anderen Verbotsgesetzen könne daher nicht anerkannt werden.

Außerdem werde durch die Regelung des § 4 der Preisstrafrechtsverordnung vom 3.6.1939 i.d.Fassung vom 26.10.1944 [1] erreicht, daß der beim Empfänger verbleibende unzulässig erlangte Überpreis zugunsten des Staates eingezogen wird. Von einer Sanktionierung des unerwünschten Zustandes könne bei Preisvorschriften also nicht die Rede sein[2].

Ein möglicherweise gegebener zivilrechtlicher Rückforderungsanspruch werde praktisch kaum ausgenutzt werden, da sich die rückfordernde Partei regelmäßig einer strafbaren Handlung bezichtigen müßte[3]. Auch die Tatsache, daß nur verhältnismäßig wenige Betroffene die Überpreise zurückgefordert hätten, zeige, daß der Gesetzgeber die Rechtsmeinung der Allgemeinheit richtig eingeschätzt habe[4].

Die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäftes zum zulässigen Preis mit Rückgabe des Überpreises an den Leistenden könne nur bei dem Verkauf bewirtschafteter Waren an den Bezugsberechtigten als vertretbare Lösung angesehen werden[5]. Es sei bedenklich, den

---

1) RGBl I S. 264; vgl. v. Caemmerer, SJZ 1950, 650
2) Hammes, JR 1950, 16; v. Caemmerer, SJZ 1950, 650, der die Möglichkeit der Einziehung des Überpreises gem. § 4 Pr.Str.VO oder die Beschlagnahme des erlangten Gegenstandes als wirtschaftspolitisch allein praktikable Lösung ansieht.
3) OLG Celle, Nds.Rpfl. 1949, 56; v. Caemmerer, SJZ 1950, 650; BGHZ 8, 372
4) BGHZ 8, 372 - wobei jedoch die Frage gestellt werden muß, ob nicht erst § 817 S. 2 diese Zurückhaltung hervorgerufen hat.
5) v. Caemmerer, SJZ 1950, 648, der einen guten Überblick über die insbesondere vom RG entwickelte Theorie der Aufrechterhaltung des Geschäftes zum zulässigen Preis gibt.

Verkäufer in die "Falle des Preisrechts" zu locken und ihm seine Sachwerte abzunehmen[1].

Im übrigen sei ein beiderseitiges dreißigjähriges Reurecht, die Konsequenz der Nichtanwendung des § 817 S. 2, durchaus unangemessen[2].

Die Berufung auf Billigkeitsgesichtspunkte und die Vorschrift von Treu und Glauben würde zu einer Aushöhlung des § 817 S. 2 und zu einer durch die unterschiedlichen Beurteilungsmöglichkeiten bedingten Rechtsunsicherheit führen, die um einer verwerflichen Leistung willen am allerwenigsten hingenommen werden könne[3].

Insgesamt wurde daher eine einschränkende Auslegung des § 817 S. 2 hinsichtlich des Verstoßes gegen Preis- oder Wirtschaftsbestimmungen verneint, Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und Ausschluß der Rückforderung gemäß § 817 S. 2 als die allgemein zutreffende Lösung angesehen[4].

c) Angesichts dieser Widersprüchlichkeiten in Lehre und Rechtsprechung von einer herrschenden Auffassung zu sprechen, ist unmöglich[5]. Durch die rasche Sta-

---

1) S. Anm.2, S.156. Hierzu v.Caemmerer, a.a.O.; Hammes, JR 1950, 16; Brandt, MDR 1948, 170 allerdings hält es für eine erlaubte Kriegslist gegen den Wirtschaftsfeind, ihn in die Falle des Preisrechts zu locken.
2) v.Caemmerer, SJZ 1950, 649; merkwürdig die Argumentation Wüsts, JZ 1960, 270, der grundsätzlich die Anwendung des § 817 S. 2 verneint, im Hinblick auf das Reurecht wieder Einschränkungen macht. "Die Gefahr eines spekulativen Mißbrauchs liegt an sich nahe und muß darum für die rechtspolitische Bewertung, aber auch rechtsdogmatisch für die Festlegung der Anwendungsbreite des § 817 S. 2 in Betracht gezogen werden".
3) BGHZ 8, 374; Hammes, JR 1950, 17
4) s. die im einzelnen angeführten Belege auf den vorangegangenen Seiten.
5) OLG Hamburg, BB 1950, 631, s.o.S.157 bei Anm. 2; ungenau insofern auch die Darst. b. Palandt-Thomas, 817, 3 d

bilisierung der Wirtschaftslage hat das Problem viel an Aktualität verloren, die Diskussion ist verebbt. Die Tendenz der jüngeren Rechtsprechung geht wieder zu einer uneingeschränkten Anwendung des § 817 S. 2 über[1], wie sie vom Bundesgerichtshof ohnehin kontinuierlich vertreten worden ist[2]. Auch die im Schrifttum heute vornerrschende Ansicht steht einer grundsätzlichen Ausnahme bei Preis- und Wirtschaftsbestimmungen reserviert gegenüber[3].

d) Diese Auffassung liegt ganz im Sinne der hier vertretenen grundsätzlich wortgetreuen Auslegung des § 817 S. 2.
Rückschauend, aus rein theoretischer, nicht durch eigenes Erleben beeinflußter Sicht, scheint der tiefere Grund für alle dogmatisch unbefriedigenden Versuche einer einschränkenden Auslegung des § 817 S.2 darin zu liegen, daß man an der Berechtigung oder der Wirksamkeit der Preis- und Wirtschaftsbestimmungen selbst zweifelt.

aa) Diese Vermutung drängt sich geradezu auf bei der Lektüre etwa der folgenden Äußerungen:
"Der bewußte Verstoß gegen Preisvorschriften kann aber heute (1948) nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden. Nur der Richter, der Staatsanwalt und allenfalls noch der Pfarrer sind noch verpflichtet, nach einer solchen entschwundenen Moral zu leben"[4]

---

1) LG Lüneburg, ZMR 1955, 234;
OLG Köln, NJW 1961, 1473 und OLG Braunschweig, NJW 1964, 1279 stellen übereinstimmend fest, daß die durch § 186 BBG vom 23.6.1960 aufgehobene VO von 1942 eine Ausnahmeregelung dargestellt habe.
2) BGHZ 8, 348 ff. (368 ff.)
3) Esser, § 194, 3 c; Larenz II § 63, III, b; Erman-Seiler, § 817, 3d; Soergel-Mühl, § 817, 17; differenzierend Enneccerus-Lehmann, § 226, 4- nur bei gleichzeitig sittenwidrigem Handeln; Ablehn. Pal.-Thomas, § 817, 3d, mit allerdings nicht überzeugender Begründung.
4) Brandt, MDR 1948, 172

und: "Der Schwarze und der Graue Markt und die unbewußten Verstöße[1] gegen die Vorschriften der Zwangswirtschaft gehören mit zum heutigen (1948) Wirtschaftsleben. Ohne sie wäre bereits ein erheblich größerer Teil unseres Volkes verhungert und erfroren, und die Wirtschaft läge noch mehr darnieder als ohnehin. Wir haben einen Widerspruch zwischen Rechts- und Tatsachenordnung, der den Juristen in eine peinliche Lage versetzt."[2]
Es wird von anderen bestätigt, daß das "leider die reine Wahrheit" sei. "Es besteht hier eben eine Diskrepanz zwischen der Rechts- und tatsächlichen Lebensordnung, der gerade der Richter durch eine recht lebensnahe Abwägung der Umstände des Einzelfalles Verständnis entgegenbringen muß."[3][4]

bb) Bei dieser Ausgangslage muß es allerdings unerträglich erscheinen, wenn der Käufer, für den der Einkauf auf dem Schwarzen Markt lebensnotwendig ist - "es wäre sonst bereits ein wesentlich größerer Teil unseres Volkes verhungert" -, den bezahlten Überpreis nicht herausverlangen kann, auch dann wegen § 817 S. 2 nicht, wenn der Verkäufer, der "Wirtschaftsfeind"[5], überhaupt nicht liefert.
Nur richtet sich diese Kritik recht eigentlich gegen die Preis- und Wirtschaftsbestimmungen, die den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht werden,

---

1) die im übrigen nach der von uns vertretenen Meinung gar nicht unter § 817 S.2 fallen.
2) Brandt, a.a.O., S. 165
3) Bastian, JR 1950, 18
4) vgl. auch Kromer, Schwarzmarkt, S. 3, der die Behauptung, es gäbe keinen Deutschen, der sich nicht einmal vom Schwarzmarkt versorgt hätte, zwar für übertrieben hält, aber doch zugibt, daß die gesetzlichen Bestimmungen vielfach neben der Wirklichkeit laufen.
5) Brandt, MDR 1948, 170 - der Verkäufer, der die begehrten Sachwerte besaß, wird hier in einer ungleich weniger schutzwürdigen Position gesehen; s. auch S. 159 f.

und nicht gegen die Vorschrift des § 817 S. 2, deren grundsätzliche Berechtigung denn auch nicht in Frage gestellt wird.

Zu Recht verweist v. Caemmerer darauf, daß die gefühlsmäßige Kritik an der Versagung der Rückforderung unzulässiger Preise wohl zum Teil darauf beruht, daß nicht verstanden wird, daß auch der Käufer strafbar ist[1].

Von dieser Konstellation, Strafbarkeit des Verkäufers u n d des Käufers ging aber die damalige Wirtschaftsgesetzgebung aus[2].

Da die lebensnotwendigen Güter nicht in ausreichender Menge hergestellt werden konnten, mußte eine Zuteilung erfolgen. "Verschafft sich der einzelne etwas über die ihm zustehende oder zugeteilte Menge hinaus, so ist diese Verschaffung nur auf unerlaubtem Wege .... möglich."[3]

cc) Begreift man das Verhalten von Verkäufer und Käufer als gleichermaßen gegen den Zweck der Preisgesetzgebung - Aufrechterhaltung einer geordneten Volkswirtschaft, Zuteilung der beschränkten Güter an jedermann - verstoßend, dann erscheint eine Ausnahmeregelung gegenüber § 817 S. 2 für Preis- und Wirtschaftsbestimmungen als überflüssig. Ein essentieller Unterschied zu anderen Verbotsvorschriften besteht nicht. Sowohl Verkäufer als auch Käufer handeln bewußt "ob turpem rem", es ist dies die typische Ausgangslage des § 817 S. 2.

---

1) v. Caemmerer, SJZ 1950, 650

2) und geht sie auch noch heute aus, vgl. § 2 a WiStG v. 9.7.1954 (BGBl I 175) i.d.Fassung v. 21.12.1962 (BGBl I 761)

3) So sieht Kromer, a.a.O., 9 das Problem. Vgl. auch Schütz, Preisstrafrecht, § 1, PreisStrVO A.5 a: Es handelt daher nicht nur zuwider, wer als Verkäufer einen höheren als den nach den Preisvorschriften zulässigen Preis vereinbart oder annimmt, sondern auch der Abnehmer, der einen höheren Preis vereinbart oder zahlt.

dd) Für alle diejenigen, die die geltende Rechtsordnung im Widerspruch zur Tatsachenordnung sahen[1], hätte der Ansatzpunkt für die Lösung der "peinlichen Lage" nicht bei § 817 S. 2, sondern bei der Vorfrage des Verstoßes des Leistenden gegen die wirklichkeitsfremde Rechtsordnung liegen müssen. Wer der Ansicht ist, daß der Käufer - um seinen Schutz waren die meisten bemüht - aus Gründen der Lebensnotwendigkeit gegen die Vorschriften der Zwangswirtschaft verstoßen m u ß , kann von einem Verstoß i.S.d. §§ 134, 817 ernsthaft nicht mehr reden. Eine "lebensnahe" Abwägung hätte vielmehr konsequenterweise ein rechtlich n i c h t zu mißbilligendes Verhalten des Käufers konstatieren müssen. Das aber hätte zur Annahme einer turpitudo solius accipientis - des Verkäufers - geführt und damit zur ungehinderten Rückforderungsmöglichkeit für den Käufer gemäß § 817 S. 1.[2] Zu Recht verweist v.Caemmerer in diesem Zusammenhang auf das Beispiel des Bewucherten, der seine Leistung gleichfalls unbestritten zurückfordern kann[3].

Der Ursprung der Schwierigkeiten, "das völlig unmögliche Ergebnis, zu dem das starre Festhalten am Gesetzeswortlaut führen würde"[4], wurden zu Unrecht in der "verfehlten" und "überholten" Vorschrift des § 817 S.2 gesucht. Es waren die gesetzlichen Verbote selbst, die in Frage gestellt und als überholt betrachtet wurden. Die Schwierigkeiten in der Anwendung des § 817 S.2, die u.a. ein Verbotsgesetz voraussetzt, waren zum großen Teil darin begründet[5].

---

1) s.o.S. 162
2) Bei der strafrechtlichen Verfolgung von Wirtschaftsverstößen ist in diesem Zusammenhang an das Problem des übergesetzl. Notstandes zu denken, dessen grds. Geltung auch hier bejaht wird: vgl. OLG Köln, NJW 1953, 1844 m.w.Nachw.
3) v.Caemmerer, SJZ 1950, 650
4) Bastian, JR 1950, 19
5) Fabricius, JZ 1963, 86

Dies nicht klar genug erkannt zu haben, ist die grundsätzliche Kritik an all jenen einschränkenden Lösungsversuchen.

ee) Bezeichnend für diese zwiespältige Behandlung des § 817 S. 2 ist, daß man ihn grundsätzlich nicht angreifen wollte. So sollte er etwa auch uneingeschränkt zur Anwendung kommen, falls es sich um sogenannte "typische Schwarzmarktgeschäfte" handelte, Geschäfte "ohne volkswirtschaftlichen Nutzen"[1], um Sachwertverkäufe an gewerbsmäßige Schwarzhändler oder zwischen ihnen[2], um Geschäfte mit Luxuswaren und nicht lebenswichtigen Genußmitteln[3]. " § 817 S. 2 scheint hier einmal am Platze;"[4], wird dazu bemerkt. Korrekter müßte es wohl heißen: Die zwangswirtschaftlichen Regelungen scheinen hier einmal am Platze, laufen nicht neben der Wirklichkeit her. Die Berechtigung der Anwendung des § 817 S.2 hätte sich daraus folgerichtig ergeben.

ff) Ob man tatsächlich von einer derartigen peinlichen Diskrepanz zwischen Rechtsordnung und Lebenswirklichkeit sprechen konnte, entzieht sich unserem die per-

---

1) Brandt, MDR 1948, 172; vgl.a. LG Köln, WM 1956, 132

2) Boehmer, Grdlg. I, 62 - da in solchen Fällen b e i d e Parteien keinen Rechtsschutz verdienen.

3) Boehmer, a.a.O., - man kann sich vorstellen, zu welchen Abgrenzungsschwierigkeiten die Frage der nicht "lebenswichtigen Genußmittel" geführt hätte; vgl. etwa die Aufzählungen bei Brandt, a.a.O., S. 172 oder bei Ebisch, WirtschaftsStrG § 2a, Anm. VIII, wo als Gegenstände des lebenswichtigen Bedarfs etwa Tee, Kaffee, Kakao aufgezählt werden, die B r a n d t neben Zigaretten, alkoholischen Getränken, Schokolade noch als nicht lebenswichtige Genußmittel betrachtete. Im übrigen verwundert es nicht, daß nach der Rechtsprechung des BayrObLG zu den Gütern des lebenswichtigen Bedarfs auch Bockbier gezählt wurde, JZ 1952, 696

4) Brandt, a.a.O., S. 172

sönliche Nähe zum Geschehen entbehrenden Urteilsvermögen. Angesichts der großen Zahl der Entscheidungen und Stellungnahmen, die eine uneingeschränkte Anwendung des § 817 S. 2 für vertretbar und gerechtfertigt hielten, erwachsen jedoch starke Zweifel an der Allgemeingültigkeit dieser These.
Will man nicht unterstellen, daß dem Wortlaut des § 817 S. 2 zuliebe eklatante Ungerechtigkeiten[1] in Kauf genommen wurden, bleibt die Erkenntnis, daß ein nicht unerheblicher Teil der Rechtsprechung und Lehre die Wirtschaftsgesetzgebung der Nachkriegszeit mit allen ihren Konsequenzen für Verkäufer und Käufer, also auch mit der Konsequenz des § 817 S. 2, als gerechtfertigt angesehen hat[2]. Nicht zuletzt drückt sich in der relativ geringen Zahl der bekanntgewordenen Rückforderungsbegehren eine Rechtsmeinung aus, die sich mit den Zielen und Maßnahmen der Wirtschaftsgesetzgebung und so auch mit den Folgen identifiziert, welche daraus für

---

1) Der fatale Satz des BGH in BGHZ 8, 348 ff. (373) - "Der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit bleibt bewußt unberücksichtigt" - darf wohl als ein sprachlicher Lapsus gewertet werden; kritisch insbesondere Bufe, AcP 157, 215. Die Äußerung fällt im Zusammenhang mit der Stellungnahme des BGH zu Versuchen, zwischen Gesetzes- und Sittenverstößen, leichten und schweren Verfehlungen, kriminellem und sonstigem Unrecht zu unterscheiden.

Diese Versuche lehnt der Bundesgerichtshof ab, wenn er sagt: "Der Gesichtspunkt..." und: "Die Rückforderung ist, wie das Gesetz schlicht sagt, ausgeschlossen".

2) vgl. die wohltuend vorsichtigen Erwägungen in BGHZ 8, 372 - "Was zur Zeit der Preisbindungen nicht ratsam und zweckvoll erschien, kann rückwärtshin nicht gut anders beurteilt werden".

das Bereicherungsrecht hervorgehen[1)2)].

e) Die Beantwortung der Frage mag dem historisch interessierten Soziologen belassen bleiben. Die für den Juristen aus den Erfahrungen mit der Wirtschaftsgesetzgebung für § 817 S. 2 zu ziehende Erkenntnis sollte lauten:
§ 817 ist eine insoweit offene Norm, als ihre Anwendung von einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten abhängt. Diese Vorfrage verdient größte Beachtung. Zweifel an der Berechtigung des Verbotsgesetzes sollten nicht zu Zweifeln an der Berechtigung oder Auslegung des § 817 S. 2 führen. Sie sind bei der Vorfrage des Verstoßes zu klären, bei der Frage also, ob ein einseitiger oder ein beiderseitiger Verstoß vorliegt, ob überhaupt ein Verstoß vorliegt, ob dieser Verstoß zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts geführt hat.
Soweit der Gesetzgeber diese Regelung selbst vorgenommen hat, entfallen weitere Probleme. Das war geschehen in § 5 VO von 1942[3)] und ist geschehen in

---

1) BGHZ 8, 372; vgl. auch Anm. Fischer, bei BGH LM 4 zu § 817 BGB = BGHZ 8, 348 ff. S. auch o. S. 159 bei Anm. 3, 4
2) Ein Urteil über "allgemeine Rechtsmeinungen" bleibt immer angreifbar. Zu welch seltsamen Erwägungen sich bei der Beurteilung der Nachkriegsverhältnisse Gerichte haben verleiten lassen, mag aus einer Entscheidung des B.-W. VGH v. 15.9.1949, VR 2, 71 ff. (73) erhellen. Der VGH hatte über die Frage zu befinden, ob Damenringkämpfe eine Störung der öffentlichen Ordnung darstellten. In diesem Zusammenhang attestierte er "unserer Zeit" Unempfindlichkeit gegenüber Erwägungen von Anmut und Würde, weiten Bevölkerungskreisen hingegen nach schwerer Kriegszeit "einen Drang zu den derben kleinen Freuden des Lebens".
3) s.o.S. 155 f.

einigen neueren Gesetzen[1]. Andernfall hat zunächst die Frage nach dem Sinn des Verbotsgesetzes und der Auswirkung des Verbots auf das Rechtsgeschäft Vorrang. Die Prüfung der Frage, ob der Verstoß überhaupt die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und damit die Anwendung des Bereicherungsrechts zur Folge hat, ob ein einseitiger oder beiderseitiger Verstoß vorliegt, kann die Auswirkungen einer eventuellen Anwendung des § 817 S. 2 einbeziehen.

aa) Wie das in einem konkreten Fall aussieht, mag an einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus jüngerer Zeit gezeigt werden[2].
Ein Filmvermittler vermittelte einer von ihm betreuten Schauspielerin eine Theatertournee. Die Schauspielerin weigerte sich, die vereinbarte Provision zu zahlen. Sie führte u.a. an, ihr Vermittler habe nur eine Lizenz für Filmvermittlung, nicht aber für Bühnen- und Fernsehvermittlung gehabt. Ihre Verträge seien daher wegen Verstoßes gegen das Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 3.4.1957 nichtig (§§ 35, 210, AVAVG).
Der Bundesgerichtshof kommt zu dem Ergebnis, daß hier ein Fall einseitigen Verstoßes gegen ein öffentlich-rechtliches Verbotsgesetz vorliege, welches den Schutz des Arbeitsvermittlungsmonopols der

---

1) vgl. § 23, Abs. II GüKG; § 30 1. BMietG; Flume, AT, S. 347 stellt zu Recht fest, daß der Gesetzgeber auf Grund der Erfahrungen mit den Preisbestimmungen bei Preisregelungen stets ausdrücklich bestimmen sollte, welche Rechtsfolgen ein Verstoß nach sich ziehe. Als Notbehelf bezeichnet auch Friemann, ZAKDR 1942, 177, die zivilrechtliche Lösung der Verstöße mit Hilfe der allgemeinen Grundsätze des Vertrags- und Deliktsrechts.

2) BGHZ 46, 24 ff., vgl. dazu auch Pawlowski, JZ 1966, 696 ff.

Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung bewirken wolle. Trotz dieses Verstoßes sei es aber gerechtfertigt, die getroffene Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen.

Der Bundesanstalt, so führt der BGH zunächst aus, verblieben für den Schutz ihres Monopols zunächst verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Maßnahmen. Neben diesen sei aber für die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit kein Platz. Denn: "Bei Nichtigkeit des Vertrages würde der Agent seinen vertraglichen Provisionsanspruch verlieren; er hätte auch keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, §§ 812 Abs. I S. 1, 818, weil einem solchen Anspruch die Einwendung des § 817 S. 2 entgegenstünde. Der Vermittler würde also für die Überschreitung seines Auftrages zivilrechtlich bestraft werden, und zwar zugunsten seines Vertragspartners. Dieser wäre nicht verpflichtet, die ihm zugutegekommene geldwerte Leistung des Vermittlers zu bezahlen, weil der Vermittler gegen ein öffentlich-rechtliches Verbotsgesetz verstoßen hatte. Ein solches Ergebnis entbehrt der inneren Begründung und kann deshalb nicht dem S i n n des V e r b o t s g e s e t z e s entsprechen"[1].

bb) Hier wird mit erfreulicher Deutlichkeit dargelegt, daß bei der Frage der Folgen eines Verstoßes eines Rechtsgeschäfts gegen ein gesetzliches Verbot auch die Folge des § 817 S. 2 einbezogen werden muß. Von hier ist dann zu entscheiden, welche Sanktion auf das mißbilligte Verhalten angemessen ist[2].

---

1) BGHZ a.a.O., S. 27/28

2) Beachtenswert auch die Bemerk.d.BGH a.a.O., S.28/29, zu dem Urteil des VII ZS in BGHZ 37, 258 ff. Dort war ein mit einem Betriebs- u.Wirtschaftsberater abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag wegen einseitigen Verstoßes gegen Art.1 § 1 RechtsBerG für nichtig erklärt,und damit wäre ein etwaiger Bereicherungsanspruch des Beraters vielleicht unter § 817 S.2 gefallen (die Frage brauchte nicht endgültig entschieden zu werden). Der

Man hätte den wiedergegebenen Fall auch anders lösen können. Es wäre möglich gewesen, von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen, die Anwendung des § 817 S.2 gegenüber dem Rückforderungsanspruch des Vermittlers aber zu umgehen, weil

- lediglich ein nicht zugleich sittenwidriger Verstoß gegen ein öffentlich-rechtliches Verbotsgesetz vorgelegen habe[1],
- das Ergebnis gegen Treu und Glauben verstoßen habe, unbillig gewesen sei[2],
- der Vermittler eine Vorleistung erbracht habe, die Gegenleistung aber ausgeblieben sei[3].

Die Frage, was hier den Vorzug verdient, diese dem Wortlaut und dem eigentlichen Gehalt des § 817 S.2 widersprechenden Lösungen oder die dem Sinn des Verbotsgesetzes Rechnung tragende Entscheidung des BGH, welche die Sanktion der Nichtigkeit hier ausschließt, damit auch dem Gehalt des § 817 S.2 gerecht wird, beantwortet sich wohl nach den obigen Ausführungen von selbst.

Zweifel hinsichtlich der Konsequenzen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz sollten nicht zu Bedenken gegen die Existenz des § 817 S.2 Anlaß geben. Die Lösung dieser Zweifel bereits im "Vorbereich" des § 134 ist einer Lösung im Bereich des § 817 S.2 entschieden vorzuziehen.

VIII ZS zieht demgegenüber unter Berufung auf Flume, AT, 347 in Erwägung, "daß zwar in einem solchen Falle das gesetzliche Verbot einem Erfüllungsanspruch ... entgegensteht, nicht aber den Vertrag nichtig macht und deshalb auch nicht den Anspr. des Dienstleist.-Verpfl. auf das vereinbarte Entgelt ausschließt, wenn er seine Leistung vertragsmäßig erbracht hat."

1) s.o.S. 156
2) s.o.S. 157
3) Dieser Lösungsvorschlag Bufes, AcP 157, 215 ff. wird noch Gegenstand der Erörterung sein.

II. Schutzzweck des Verbotsgesetzes - Lösungsvorschlag von Fabricius

1. a) Die oben dargelegten grundsätzlichen Bedenken gegen alle Bestrebungen, dem Problem des § 817 S. 2 im Wege einer Einschränkung je nach dem Schutzzweck des Verbotsgesetzes beikommen zu wollen, bestehen auch gegen den Lösungsvorschlag Fabricius'[1]. Fabricius bemüht sich, zum Unterschied von den weitgehend situationsbezogenen Lösungen der unmittelbaren Nachkriegszeit, eine abstrakte Formel für den Ausschluß bestimmter Verbotsgesetze von der Anwendung des § 817 S. 2 zu entwickeln.
Unter Berücksichtigung verschiedener Ausgangsfälle,
- Tatbestand der aktiven Bestechung,
- Verbot der Rückzahlung von Einlagen im Gesellschaftsrecht,
- Preis- und Tarifbestimmungen sowie andere arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen,

kommt er zu folgendem Vorschlag:[2]

aa) "Nicht jedes Verbotsgesetz ist als Verbotsgesetz im Sinne von § 817 S. 2 anzusehen."

bb) "Verbotsgesetze, die den Sozialschutz des Leistenden bezwecken, sind aus dem Anwendungsbereich des § 817 S. 2 auszuschließen" (Bsp.: Preis- u. Tarifbestimmungen).

cc) "Verbotsgesetze, deren Zweck auf den Schutz Dritter, d.h. an der Vermögensverschiebung nicht unmittelbar Beteiligter, gerichtet ist, fallen nicht unter § 817 S. 2" (Bsp.: Verbot der Rückzahlung von Einlagen im Gesellschaftsrecht).

dd) Vorschriften hingegen, deren Zweck nicht in eine der in aa) - cc) aufgezeigten Richtungen weist,

---

1) JZ 1963, 85 ff.
2) a.a.O., S. 91

sondern "eindeutig und ausschließlich im öffentlichen, staatlichen Interesse liegt"[1], erfordern die Anwendung des § 817 S. 2 (Bsp.: aktive Beamtenbestechung).

b) Auch dieser Lösungsversuch hat sich bisher nicht durchsetzen können[2], wenn man seine Berechtigung auch für Einzelfälle glaubt bejahen zu können[3]. Der Wortlaut des § 817 S. 2 läßt eine derartige Differenzierung der Verbotsgesetze sicher nicht erkennen[4]. Ob man auf dem Wege einer "teleologischen Reduktion"[5] trotz des entgegenstehenden Wortlauts zu dem von Fabricius als wünschenswert vorgeschlagenen Ergebnis kommt, erscheint fraglich.

Voraussetzung für eine derartige Einschränkung des § 817 S. 2 wäre, daß die Vorschrift "Fälle umfaßt, oder Folgen herbeiführt, die vom Gesetzgeber nicht erkannt oder bedacht sind und sonst vernünftigerweise nicht in dieser Weise geordnet sein würden"[6]. Sie muß "gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschränkung (bedürfen), die das Gesetz vermissen läßt"[7].

In diesem Fall "sind wir berechtigt, das Gesetz nach dessen eigenen Grundgedanken und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und Erfahrungen des Lebens fortzuentwickeln, wenn nicht das Erfordernis der Rechtssicherheit (das Stabilitätsinteresse) entscheidend dagegenspricht"[8].

---

1) Fabricius, a.a.O. S. 87 Sp. 2
2) vgl.etwa die Stellungnahmen bei Erman-Seiler, § 817,3d; Soergel-Mühl, § 817, 17
3) Larenz, II, § 63,III,b: - bedarf noch genauer Untersuchung.
4) so auch Erman-Seiler, § 817, 3d; Larenz, II, § 63 III, b
5) Larenz, II, a.a.O.; Methodenlehre, S.369
6) Enneccerus-Nipperdey, § 59, I vor 1
7) Larenz, Methodenlehre, S. 369
8) Enn.-Nipperdey, § 59 I vor 1; Larenz, Methodenlehre, S.369 -" Die "Ausfüllung" der Lücke geschieht durch die Hinzufügung der sinngemäß erforderten Einschränkung".

Der Lösungsvorschlag Fabricius' läßt durchaus Zweifel daran aufkommen, ob eine derartige verdeckte Lücke besteht und ob die von ihm aufgezeigte Ausfüllung dieser Lücke unter Berücksichtigung der nach dem Gesetz geschützten Interessen zu wünschenswerten Ergebnissen führt.

2. a) Wie die Erfahrung gerade mit den Preis- und Wirtschaftsbestimmungen der Nachkriegszeit gezeigt hat, läßt sich in einer Vielzahl der in Frage kommenden Verbotsgesetze kaum mit Sicherheit feststellen, ob sie ausschließlich im öffentlichen Interesse ergangen sind - dann erfolgt nach Fabricius die Anwendung des § 817 S. 2 - oder ausschließlich im Interesse des wegen seiner sozialen Unterlegenheit schutzwürdigen Partners oder schutzwürdiger Dritter - dann keine Anwendung des § 817 S. 2.

Doch Fabricius muß insoweit Einschränkungen machen, als er sich damit begnügt, daß es Verbotsgesetze gibt, "die vornehmlich oder zumindest a u c h [1] zum Schutze an der Leistung nicht unmittelbar beteiligter Dritter oder auch des Leistenden selbst erlassen worden sind."[2]

Damit wird aber ein bedenkliches Moment der Unsicherheit in die Anwendung des § 817 S. 2 eingeführt.

Wenn das Gesetz "zumindest auch" den Schutz Dritter oder des sozial schwächeren Partners erreichen, also daneben doch auch öffentliche Interessen schützen will, sind notwendigerweise verschiedene Kollisionsmöglichkeiten für den Verstoß gegen dieses Gesetz gegeben. Der in Frage stehende Rechtsakt kann das Gesetz als Schutzgesetz öffentlicher Interessen treffen, er kann aber auch insoweit darunter fallen, als es die Interessen Dritter oder eines

---

1) Hervorhebung vom Verfasser
2) a.a.O., S. 88 Sp. 1 c)

Vertragspartners schützen will. Je nachdem wäre der Ausschluß der Rückforderung gemäß § 817 S. 2 zu bejahen oder abzulehnen.
Dieses Problem, auf das Fabricius nicht eingeht, ist mehr als bloße Konstruktionsjurisprudenz. Das soll an einem Beispiel aus der Rechtsprechung aufgezeigt werden.

b) Letztlich war es dieser Gedanke, der - wiederum in dem Streit um die Wirtschaftsgesetzgebung der Nachkriegszeit - zu der schon erwähnten Unterscheidung zwischen "normalen Verstoßfällen gegen die Verbotsgesetze" und den "typischen Schwarzmarktgeschäften ohne volkswirtschaftlichen Nutzen" führte[1]. Während für die erste Gruppe die Anwendung des § 817 S. 2 ausgeschlossen sein sollte[2] unter anderem mit der Begründung, daß doch gerade der Leistende (Käufer) geschützt werden solle[3], hielt man die Anwendung des § 817 S. 2 im zweiten Fall für berechtigt, da hier ja gegen öffentliche Interessen verstoßen wurde[4].

c) Der von Fabricius skizzierte Weg würde bei den mit zweigleisiger Schutztendenz ausgestatteten Verbotsgesetzen dazu führen, daß nicht das Gesetz in toto von der Anwendung des § 817 S. 2 ausgenommen werden könnte. Je nach den Umständen des Einzelfalles müßte vielmehr die Verstoßtendenz der Leistung festgelegt und über die Anwendung des § 817 S. 2 entschieden werden. Durch eine derartige Einzelfallregelung wird das Problem letztlich in den verschwommenen Grenzbereich der Entscheidung nach Treu und Glauben, nach Billigkeitsgesichtspunkten gerückt.

---

1) s.o.S. 165
2) s.o.S. 155 ff.
3) also ein "Sozialschutzgesetz" i.S. Fabricius'
4) Es ist auch nach Fabricius ein unter § 817, 2 fallendes Schutzgesetz

Wenn gefordert wird, daß eine teleologische Reduktion des Gesetzes nicht "das Erfordernis der Rechtssicherheit entscheidend" berührt[1], so erwachsen Bedenken, ob diesem Stabilitätsinteresse noch Genüge getan ist[2]. Rechtsprechung und -lehre der Nachkriegszeit zeigen überdeutlich die unvermeidlichen Zufälligkeiten einer solchen Einzelfallregelung.

3. Aber das ist nicht die einzige Einwendung, die sich gegen die Lösung Fabricius' vorbringen läßt.

a) Wir wollen einmal ausgehen von der Annahme, daß das Verbotsgesetz allein und ausschließlich "den Sozialschutz des Leistenden" bezwecken will - Fabricius glaubt diesen Nachweis etwa für arbeitsrechtliche Bestimmungen führen zu können. Die gegen das Gesetz verstoßende Vereinbarung ist nichtig, der Leistende, der ja geschützt werden soll, kann aber - so Fabricius - wegen § 817 S. 2 seine Leistung, die gleichfalls gegen das gesetzliche Verbot verstoßen hat, nicht zurückfordern.
In der Tat scheint hier ein eklatanter Widerspruch zwischen der bereicherungsrechtlichen Regelung und dem Schutzzweck des Verbotsgesetzes vorzuliegen. Der Ruf nach einer Einschränkung des § 817 S. 2 drängt sich als selbstverständlich, unausweichbar auf.
Jedoch - wir hatten darauf hingewiesen, vor der Frage der Anwendung des § 817 S. 2 müsse genau die Frage geklärt werden, ob denn überhaupt ein Verstoß des Leistenden vorliegt[3]. Befolgen wir diesen Hin-

---

1) s.o.S. 172 , Enneccerus-Nipperdey, § 59 I vor 1
2) wobei die Frage nicht verfolgt werden soll, was geschieht, wenn sowohl öffentliche Interessen als auch schutzwürdige Interessen Dritter oder des Leistenden in Mitleidenschaft gezogen werden.
3) s.o.S. 170

weis, so müssen wir uns zunächst mit der Frage auseinandersetzen, gegen w e n das gesetzliche Verbot sich richtet, welches den Schutz des sozial Schwächeren gegenüber dem Stärkeren bewirken soll.

Sicher richtet es sich gegen den stärkeren Partner, den Arbeitgeber etwa, seine Leistung stellt demnach einen entsprechenden Verstoß dar. Sonderbar ist es aber, daß das gesetzliche Verbot sich auch gegen den richtet, den es schützen will. Davon muß Fabricius doch ausgehen, will er zur Anwendung des § 817 S. 2 kommen.
Dem kann nicht zugestimmt werden.
Näherliegend ist es, in diesen Fällen von einer turpitudo solius accipientis auszugehen, also von einem Verstoß nicht des schutzbedürftigen Leistenden, sondern nur des schutzunwürdigen Empfängers[1]. Dann kann der sozial Schwächere seine Leistung ungehindert durch § 817 S. 2 zurückfordern, und zwar gem. § 817 S. 1.

b) Um die Auswirkungen und die Richtigkeit dieser Betrachtung zunächst an einem geradezu "klassischen" Fall einer Sozialschutzregelung zu demonstrieren, soll auf das Beispiel des Wuchergeschäfts zurückgegriffen werden[2]. Auch hier liegt der Grundgedanke der Regelung in dem Bemühen, den schwächeren Partner - den Bewucherten - vor dem stärkeren - dem Wucherer - zu schützen.

---

1) s. schon o.S. 164 die vergleichbare Problematik bei Verstößen gegen Bestimmungen der Wirtschaftsgesetzgebung.
2) das normalerweise unter dem Aspekt - Verstoß gegen die guten Sitten betrachtet zu werden pflegt. Angesichts der Strafvorschriften kann man aber auch von einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ausgehen. Im übrigen ist die Problematik der Bewertung nach dem Interessenschutz im Bereich der guten Sitten und des gesetzlichen Verbots gleichgelagert.

Das Rechtsgeschäft ist nichtig. Sind die Leistungen schon erbracht worden, so kann der Bewucherte s e l b s t v e r s t ä n d l i c h seine Leistung, ungehindert durch § 817 S. 2, zurückverlangen[1]. Sie verstößt weder gegen das Sittengebot noch gegen das entsprechende gesetzliche Verbot, beide richten sich nur gegen den Wucherer. Die Streitfragen, die sich hier - allein - am Rückforderungsrecht des Wucherers entzündet haben, sind an anderer Stelle erörtert worden[2].
Einer Einschränkung des § 817 S. 2 aus dem Schutzzweck des Verbotsgesetzes bedarf es hier nicht, da hinsichtlich des zu schützenden schwächeren Partners die Tatbestandsvoraussetzungen des § 817 S. 2 nicht vorliegen.

c) Nicht anders aber ist die Ausgangslage bei den von Fabricius zur Stützung seiner These herangezogenen arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Soweit sie den Schutz des Arbeitnehmers verfolgen[3], liegt jeweils nur ein Verstoß des Arbeitgebers vor.
So hat etwa das Bundesarbeitsgericht[4] eine Betriebsvereinbarung über eine Lohnregelung, die unter anderem auch eine Rückzahlungspflicht des Arbeitnehmers bei Ausscheiden aus dem Betrieb vor einem bestimmten Zeitpunkt vorsah, wegen Verstoßes gegen § 59 BetrVerfG, aber auch wegen Verstoßes

---

1) s.o.S.114 , ihm steht eine cond.ob turpem rem zu
2) s.o.S. 93 ff.
3) Es sind auch andere Konstellationen denkbar, vgl. etwa den Fall ArbG Herne, BB 1966, 453, dem ein Verstoß gegen § 8 BUrlG zugrundelag - "Keine Erwerbstätigkeit" während des Urlaubs" -, diese Fälle interessieren hier aber nicht;
unter Berufung auf § 817 S. 2 verneint das ArbGer. zu Recht einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Entlohnung bzw. Herausgabe der Bereicherung bei einem Verstoß gegen die o.g. Vorschrift.
4) BAG AP 28 zu Art. 12 GG

gegen "grundlegende Rechtsgrundsätze des BAG" für unwirksam erklärt.
Zu diesen Rechtsgrundsätzen gehörte der folgende: "Denn es ist unzulässig, den Arbeitnehmer durch die Androhung einer Lohnkürzung am Betrieb festzuhalten." Der Arbeitnehmer wird durch Belastungen mit Rückzahlungspflichten möglicherweise in seinem Kündigungsrecht eingeschränkt. "Eine solche Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels ..... (kann) vor der Rechtsordnung keinen Bestand haben."[1] Es ist also der Sozialschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem stärkeren Arbeitgeber, auf den auch Fabricius abstellt, der hier zur Unwirksamkeit der Vereinbarung führt.
Das BAG geht nun davon aus, daß der Arbeitgeber durch die Zahlung von Beträgen, die mit der unzulässigen Rückzahlungsklausel belastet waren, gegen die oben genannten "Grundregeln des Arbeitsrechts und damit gegen gesetzliche Verbote"[2] verstoßen hat, und zwar nur der Arbeitgeber.[3] Das ergibt sich aus der Erörterung des Problems der Rückforderung bei bloß einseitigem Gesetzesverstoß. Der Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers wird unter Verweis auf § 817 S. 2 verneint, von einem Verstoß auch des Arbeitnehmers ist nicht die Rede.

Eine andere Entscheidung sieht den Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers ausgeschlossen, wenn er entgegen einem tariflichen Verbot, also einer zwingenden Schutzvorschrift, statt Gewährung von Freizeit oder Urlaubsmarken eine finanzielle Abgeltung des Urlaubs vornimmt. Dem Anspruch des Arbeitnehmers

---

1) BAG, a.a.O. Bl. 477 Rs, 478
2) BAG, a.a.O.
3) Hueck bringt in seiner Anm. zu dem Urteil a.a.O. beachtliche Argumente gegen die These des BAG vor, der Arbeitgeber habe durch die Leistung unter einer Art von auflösender Bedingung gegen gesetzliche Verbote verstoßen.

hingegen auf Entwertung der Urlaubsmarken ist zu entsprechen[1]. Ein Verstoß seinerseits liegt überhaupt nicht vor.
Der Ausschaltung des § 817 S. 2 unter Berücksichtigung der Grundsätze des sozialen Rechtsstaates, wie Fabricius sie fordert, bedarf es nicht.[2)3)]

d) Die Bedenken Fabricius', der Erfolg der Verbotsgesetze, die den Sozialschutz des Leistenden bezwecken wollen, werde durch eine uneingeschränkte Anwendung des § 817 S. 2 vereitelt, können demnach nicht geteilt werden.
§ 817 S. 2 kommt hinsichtlich der Leistung des Schutzwürdigen schon deshalb nicht zur Anwendung, weil bei richtiger Betrachtung ein Verstoß seinerseits nicht vorliegt. Gegen das Verbotsgesetz verstößt allenfalls derjenige, vor dem der S c h w ä c h e r e geschützt werden soll. Den Ausschluß eines gegen i h n gerichteten Rückforderungsanspruchs hält Fabricius denn auch für angemessen,

---

1) BAG AP 1 zu § 817 BGB, zustimmend auch Fabricius, JZ 1963, 89

2) a.a.O., 89;
Daß die Entscheidung des BAG nicht befriedigt, - der Arb.nehm. kann zum einen die bereits gewährte finanzielle Abgeltung behalten, zum anderen seinen Anspruch hinsichtlich der Urlaubsmarken durchsetzen - hat eine andere Ursache: sie liegt in der unhaltbaren Anwendung des § 817 S.2 bei nur einseitigem Verstoß des Leistenden. Die Rückforderung durch den Arb.Geb. würde die unliebsame Doppelbegünstigung des Empfängers vermeiden. Daß auch das erkennende Gericht durchaus ein Gespür für diese Problematik hatte, zeigen seine Erörterungen über ein eventuell arglistiges Verhalten des Arbeitnehmers und eine Verwirkung des Anspruches.Auf Grund des konkreten Sachverhaltes meint es,den Ausschluß der Rückforderung auf diesem Wege hier verneinen zu können. Uns erscheint es merkwürdig,§ 817 S.2 erst über seinen Wortlaut hinaus auszudehnen,dann aber mit Hilfe der"Arglist"und "Verwirkung"dieses Ergebnis wieder rückgängig zu machen.

3) vgl.weiter BAG, NJW 1967,2376 - kein wirksamer Verzicht des Arbeitnehmers auf einen Abgeltungsanspruch gem.§ 7,IV,1 BUrlG.Nichtigkeit des Verzichtes wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, aber keine Anwendung des § 817 S.2

wenn auch seine Begründung nicht zutrifft. Für eine teleologische Reduktion besteht mithin kein Bedürfnis.[1]

4. Ausnahme von Verbotsgesetzen, die den Schutz Dritter bezwecken?

Von der Anwendung des § 817 S. 2 glaubt Fabricius weiter absehen zu müssen, wenn das Verbotsgesetz auf den Schutz Dritter, d.h. an der Vermögensverschiebung nicht unmittelbar Beteiligter gerichtet ist.[2]

a) Als Beispiel verweist er auf das Verbot der Rückzahlung von Einlagen im Gesellschaftsrecht.

Gemäß § 30 Abs. I GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. § 57 Abs. I AktG bestimmt, daß den Aktionären Einlagen nicht zurückgewährt werden dürfen.[3] Die Regelungen dienen der Erhaltung eines dem Grund- oder Stammkapital entsprechenden Vermögens insbesondere zur Sicherung der Ansprüche von Gläubigern, die auf dieses Vermögen allein angewiesen sind.[4]

---

1) Der Fehler Fabricius' liegt möglicherweise darin, daß er nicht scharf genug zwischen dem Rechtsgeschäft als ganzem und den auf Grund dieses Geschäftes vollzogenen Leistungen trennt. Während das Rechtsgeschäft der Nichtigkeit anheimfallen kann, auch wenn sich das Verbot nur an eine Partei richtet -Soergel-Hefermehl, § 134,18,ist hinsichtlich des Bereicherungsanspr. für jede Leistung gesondert zu untersuchen,ob der Leistende und/oder der Empfänger durch die Leistung oder den Empfang gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat.

2) s.o.S.171

3) Fabricius ging noch von § 52 des alten AktG aus 1937 aus, der insoweit aber nichts anderes besagt.

4) vgl. etwa Baumbach-Hueck, AktG, Üb. vor § 54 AktG, A.12; dieselb., GmbHG, § 30, 1; Fabricius, a.a.O., 87

Fabricius glaubt diesen Schutz gefährdet, wenn die Rückzahlungen zwar wegen des Verstoßes gegen die angeführten Verbotsbestimmungen nichtig sind, einem Rückforderungsanspruch der GmbH oder der AG aber § 817 S. 2 entgegensteht. Dieser Gedanke hätte einiges für sich, wenn eine Rückforderung der verbotswidrig ausgezahlten Gelder tatsächlich durch § 817 S. 2 verhindert würde.

b) Sowohl das GmbHG als auch das Akt G normieren aber selbständige Rückforderungsansprüche, die keine Bereicherungsansprüche sind.
§ 31 Abs. I GmbHG bestimmt, daß Zahlungen, welche der Vorschrift des § 30 zuwider geleistet worden sind, der Gesellschaft erstattet werden müssen. Dieser Anspruch ist ein selbständiger Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis, er unterliegt daher auch nicht den bereicherungsrechtlichen Regeln[1].

Das alte AktG kannte einen ausdrücklich normierten Rückforderungsanspruch noch nicht. Die Rückgewähr der verbotswidrig ausgezahlten Einlagen wurde teilweise über die allgemeinen Vorschriften der §§ 985 ff, 812 ff, 823 ff BGB zugelassen[2], zum Teil wurde aber bereits damals von dem Bestehen einer Forderung auf Wiedereinzahlung ausgegangen, welche aktienrechtlichen Grundsätzen folgte und damit bereicherungsrechtlichen Regelungen nicht unterlag[3]. Durch die Aktienrechtsneuregelung ist jetzt ein Rückgewähranspruch der Gesellschaft ausdrücklich vorgesehen worden, § 62 AktG vom 6.9.1965.[4]

---

1) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 31,1; RGZ 168, 292 ff. (301); BGHZ 31, 258 ff. (265)
2) vgl. Baumbach-Hueck, 12., zu AktG 1937, § 56,4 - Anspruch aus Bereicherung oder unerlaubter Handlung, "Die Einwendungen aus §§ 814, 817 BGB versagen dabei im Sinne des Aktienrechts."
3) Fischer in Großkommentar - Aktiengesetz, § 52, 11; vgl. auch Baumbach-Hueck, § 62, A. 3
4) vgl. zur Entstehungsgeschichte Baumbach-Hueck, § 62, 1 u. 2

Es handelt sich dabei, wie bei § 31 GmbHG, auch hier um einen selbständigen gesellschaftsrechtlichen Anspruch auf "aktienrechtlicher Grundlage", der nicht bereicherungsrechtlichen Regelungen unterworfen ist[1]. Interessanterweise bestimmt § 62 Abs. II S. 1 AktG, daß der Anspruch der Gesellschaft auch von ihren Gläubigern geltend gemacht werden kann, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können[2].

c) Die von Fabricius zur Stützung seiner These herangezogenen Verbotsgesetze sind also schwerlich geeignet, dem Bedürfnis nach einer vom Wortlaut des § 817 S. 2 abweichenden Einschränkung Nachdruck zu verleihen[3]. Weitere Beispiele für Verbotsgesetze, deren Zweck auf den Schutz Dritter, an der Vermögensverschiebung nicht unmittelbar Beteiligter gerichtet ist, bringt Fabricius nicht.
Um jedoch nicht den Vorwurf herauszufordern, uns einer Auseinandersetzung mit seiner These durch den Hinweis auf die unzutreffenden Beispiele zu entziehen, seien über die spezifischen gesellschaftsrechtlichen Regelungen hinaus noch einige Argumente genannt, die gegen das Erfordernis einer Einschränkung des § 817 S. 2 in den hier in Frage stehenden Fällen sprechen.

---

1) Baumbach-Hueck, AktG, § 62, 3
2) und zwar unmittelbar und im eigenen Namen, Baumbach-Hueck, AktG, § 62, 10; Godin-Wilhelmi, AktG, § 62, 3
3) Sie könnten aber als beachtenswerte Vorlagen für den Gesetzgeber bei der Schaffung ähnlicher Vorschriften dienen. Es zeigt sich gerade bei der Entwicklung des Aktienrechts, daß der einzig gangbare Weg nicht in der Beschränkung des § 817 S. 2, sondern in der entsprechenden Ausgestaltung der Verbotsvorschrift liegt, vgl. auch o.S.168, Anm.1

d) Die Einteilung der Verbotsgesetze nach dem ihnen zugrundeliegenden Schutzzweck ist zwar in der Diskussion um den Anwendungsbereich des § 817 S. 2 zumindest in dieser allgemeinen Form neu. In anderem Zusammenhang dient sie hingegen schon seit längerem zu einer fruchtbaren Abgrenzung.

Wie oben dargelegt[1], entscheidet sich gerade nach diesem Kriterium die Frage der Nichtigkeit des dinglichen Verfügungsgeschäftes bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten. Nach vorzugswürdiger Ansicht ist das dingliche Verfügungsgeschäft dann nichtig, wenn die Rechtsänderung mit Rücksicht auf die Interessen eines der Beteiligten[2] und /oder die Interessen Dritter keinen Bestand haben kann.[3]
Das heißt aber, daß gerade in den Fällen, in denen Fabricius zum Schutz des Verfügenden oder an der Verfügung selbst nicht beteiligter Dritter eine Einschränkung des § 817 S. 2 für unerläßlich hält, die dingliche Verfügung regelmäßig nichtig ist. Das Geleistete kann mithin gem. § 985 zurückgefordert werden[4].
Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, daß bei der von Fabricius erwähnten verbotenen Rückerstattung von Einlagen im Aktienrecht selbstverständlich von der Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes ausgegangen wird[5]. Damit sind auch insoweit schon Rückforderungsansprüche gegeben.

---

1) s.o.S.134 ff.
2) das wäre die bereits abgehandelte Fallgruppe, bei der ein Ausschluß ohnehin nicht in Frage kommt, s.o.S.175 ff.
3) s.o.S.134ff., insbesondere Flume, AT, § 18, 8c; Larenz, AT, § 28,III,c; im Ergebnis auch die oben gen.Entscheid.insbesondere des Reichsgerichts.
4) die §§ 987 ff. werden gleichfalls von § 817 S.2 nicht berührt, vgl. BGHZ 41, 341 ff. hinsichtlich der Verwendungsansprüche aus §§ 994 ff.
5) Baumbach-Hueck, § 57, 8 - ohne näher auf das Problem einzugehen.

e) Zu verweisen ist ferner darauf, daß bei der Gefährdung von Interessen Dritter häufig ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung für den zu schützenden Dritten gegeben sein wird, und zwar aus § 826.
Maßnahmen der Gläubigerbenachteiligung, zum Beispiel Lohn- oder Vermögensverschiebungen, stellen eine typische Gruppe der zum Schadensersatz gemäß § 826 verpflichtenden unerlaubten Handlungen dar[1]. Der Schadensersatzanspruch steht dem Dritten aus e i g e n e m Recht zu[2]. Auch insoweit ist von den von Fabricius zum Ausgangspunkt genommenen Sachlagen der Schutz des Dritten gewährleistet.

f) Schließlich ist noch zu nennen die Möglichkeit der Anfechtung von Rechtshandlungen, die in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen worden sind.
Gemäß den Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes, §§ 1 ff., und der Konkursordnung, §§ 29 ff., können unter bestimmten Voraussetzungen Rechtsgeschäfte angefochten werden, durch die die Interessen von Gläubigern, also an der Vermögensverfügung nicht unmittelbar beteiligten Dritten im Sinne von Fabricius, gefährdet werden. Nach erfolgter Anfechtung ist ein eigenständiger Rückgewähranspruch gegeben, der nicht bereicherungsrechtlichen Regelungen unterliegt[3].

---

1) vgl. etwa Palandt-Thomas, § 826, 8 i; Soergel-Knopp, § 826, 155 ff. m. zahlr. Nachw.
2) Der Schutz des Dritten ist durch einen i h m aus eigenem Recht zustehenden Anspruch besser gewährleistet als durch einen dem S c h ä d i g e r zustehenden Bereicherungsanspruch, der abgetreten werden müßte; vgl. auch § 62 Abs. 2 S. 1 AktG - s.o.S. 182 bei Anm. 2
3) vgl. Böhle-Stamschräder, KO, § 37, 4 u. § 29, 4; Jaeger-Lent, KO, § 37, 6

Auch insoweit sind die Interessen der schutzwürdigen Dritten ausreichend gesichert.

5. Ergebnis

Einer teleologischen Reduktion im Sinne Fabricius' kann daher nicht zugestimmt werden.
Einerseits bestehen grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Bestimmung des Schutzzweckes des jeweiligen Verbotsgesetzes. Es steht zu befürchten, daß vor allem bei Gesetzen mit mehrgleisiger Schutztendenz Rechtsunsicherheiten auftreten, die nicht hingenommen werden können.
Zum anderen läßt die von Fabricius getroffene Unterteilung ein echtes Bedürfnis nach einer Einschränkung des § 817 S. 2 nicht erkennen. Soweit ein Gesetz den Sozialschutz des Leistenden bezweckt, liegt richtiger Ansicht nach ein das Rückforderungsrecht berührender Verstoß des Leistenden nicht vor. Vielmehr handelt es sich hierbei um Fälle der turpitudo solius accipientis, nämlich eines Annahmeverstoßes des sozial Stärkeren, vor dem der Leistende geschützt werden muß. Eine Anwendung des § 817 S. 2 scheitert also schon am Mangel der tatbestandlichen Voraussetzungen.

Soweit ein Gesetz den Schutz Dritter, an der Vermögensverfügung nicht unmittelbar Beteiligter bezweckt, ist eine Einschränkung des § 817 S. 2 gleichfalls nicht erforderlich.
Die von Fabricius aus dem Gesellschaftsrecht angeführten Beispiele der Rückzahlung von Einlagen überzeugen nicht, da hier kraft positiver gesetzlicher Regelung ein gesellschaftsrechtlicher Rückforderungsanspruch gegeben ist. Darüberhinaus ist in denkbaren anderen Fällen der Schutz eines betroffenen Dritten ausreichend gesichert durch Mög-

lichkeiten wie Einzel- oder Konkursanfechtung und Schadensersatzansprüche. Sie sind an feste tatbestandliche Voraussetzungen gebunden und vermeiden damit erneute Rechtsunsicherheit, wie sie eine erforderliche Abgrenzung zwischen Gesetzen mit bloßer Reflexwirkung und Gesetzen mit echter Schutzwirkung zugunsten Dritter mit sich bringen würde.[1] Zudem gewähren sie dem Dritten einen vorteilhafteren Anspruch aus eigenem Recht.

Einer Einschränkung bedarf es daher in beiden Fällen nicht.
§ 817 S. 2, dessen grundsätzliche Berechtigung Fabricius nicht abstreitet, ist vielmehr wortgetreu anzuwenden, wenn der Leistende durch die Leistung, der Empfänger durch deren Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat.

III. Keine Anwendung des § 817 S. 2 bei nur einseitig vollzogener Leistung?

1. a) Die wahre Bedeutung des § 817 S. 2 will B u f e darin sehen, daß die Rückforderung nur dann ausgeschlossen werden soll, wenn b e i d e Parteien unter Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten ihre Leistung v o l l z o g e n haben[2].
§ 817 S. 2 soll danach verhindern, daß die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäftes sich zu einem Reurecht auswächst und jeder der Leistenden nach Belieben nachträglich seine Leistung zurückfordern kann, wenn er etwa zu günstigeren Bedingungen einen Vertrag abschließen kann[3]. Hat

---

1) s.o.S.173
2) Bufe, AcP 157, 215 ff., Zusammenfassung, S. 256 ff.
3) a.a.O., S. 217 u. 257

hingegen eine der Parteien vorgeleistet und bleibt die Gegenleistung aus, soll nach Bufes Ansicht trotz des Verstoßes gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot der Vorleistende seine Leistung zurückerhalten.

b) Zwar glaubt man vereinzelt, daß die Anerkennung dieser Einschränkung viel für sich hat[1]. Insgesamt ist die Meinung Bufes aber ohne größere positive Resonanz geblieben[2].
Eine Auseinandersetzung mit den von Bufe herangezogenen Argumenten ergibt die Berechtigung einer verneinenden Reaktion.

2. a) Bufe glaubt - schwerlich zu Recht -, seine These mit einem Rückgriff auf das klassische römische Recht untermauern zu können. Er versucht nachzuweisen, daß dort die condictio ob turpem rem nur bei beiderseits vollzogener Leistung ausgeschlossen worden sei.

aa) Es ist zweifelhaft, ob man tatsächlich - wie Bufe - davon ausgehen kann, daß bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht beabsichtigt war, "insoweit neues Recht zu schaffen", sondern das klassische römische Recht zu übernehmen[3]. Zu Recht verweist Niederländer darauf, daß das BGB an spätere Entwicklungsstufen anknüpft[4].
Aber auch wenn man das klassische römische Recht vergleichend heranzieht[5], kann der Deutung der

---

1) Enneccerus-Lehmann, § 226, 4
2) Ablehnend Flume, AT, § 18, 10, g; Niederländer, Festschrift f. Gutzwiller, S. 623, Anm.9
3) Bufe, a.a.O. 240
4) Niederländer, a.a.O. 623, Anm. 9
5) Immerhin hieß es schon im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis aus dem Jahre 1756, Ersther Theil, zweytes Kapitel § 9: "Das römische Recht, welches zwar ursprünglich nur den Römern gegeben, hernach aber auch in anderen und sonderbar in Teutschland und hiesigen Landen eingeführt worden soll in Sachen, welche etwann durch einheimisches

Quellen in dem von Bufe verfochtenen Sinn nicht gefolgt werden.

bb) Das hat Niederländer mit - wie wir meinen - überzeugenden sprachlichen Argumenten nachgewiesen[1].

In keinem der in D. 12,5 - De condictione ob turpem vel iniustam causam - angeführten Beispiele ist ersichtlich, daß beide Parteien schon geleistet haben. Die Sachverhalte sind auch nicht dazu angetan, von offenbaren Ungerechtigkeiten zu sprechen, falls der Ausschluß der Rückforderung auch den Vorleistenden trifft.

Paul. D.12,5,3 (10 ad Sab.)

"...si pecunia detur, u t m a l e i u d i c e t u r ."

Ulp. D.12,5,4,pr. (26 ad edict.)

"...si o b s t u p r u m datum sit,.."
"...si quis i n a d u l t e r i o d e p r e h e n s u s r e d e m e r i t s e .."

Ulp. D.12,5,4,1 (26 ad edict.)

"...si dederit f u r , n e p r o d e r e t u r .."

Bei diesen Beispielen dürfte doch wohl auch das moderne Rechtsempfinden zu einem Ausschluß der Rückforderung neigen, unerheblich, ob nun der jeweilige verpönte Erfolg eingetreten ist oder nicht.

Auch der von Bufe zur weiteren Stützung herangezogene Fall Pap.D.12,7,5,pr. (11 quaest.) "Avunculo nuptura ..." läßt sich zwangloser auf andere Weise erklären. Die Nichte hat ihrem Onkel mütterlicher-

---

Recht nicht genug bestimmt sind, auf schickliche und thunliche Weise zur Hülfe gebraucht werden."

Auch Simonius, Festschrift für Lewald, S. 163, weist auf die ungewöhnlich starke Autorität des römischen Rechts gerade auf dem Gebiet des Kondiktionenrechts hin.

1) a.a.O. S. 623, Anm. 9

seits, mit dem sie eine nach römischem Recht verbotene Ehe einzugehen beabsichtigte, Geld "in dotem" gegeben - es geht aber aus dem Text nicht hervor, daß sie bei Hingabe der dos von der Blutsverwandtschaft wußte. Sie hat ihn aber dann nicht geheiratet. Die Rückforderung des Geldes wird zugelassen:

"non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse".

Es wird also nur die beabsichtigte Eheschließung, nicht das darin möglicherweise liegende stuprum berücksichtigt[1].
Das kann in einer milderen Beurteilung des verbotenen Verhaltens begründet sein[2], vielleicht auch darin, daß die Ehe noch nicht geschlossen war[3]. Aus der Fassung der Stelle läßt sich jedenfalls ersehen, daß die Rückforderung ausgeschlossen war, wenn stupri gratia gegeben wurde, also ob turpem rem, und zwar ohne Berücksichtigung des Ausbleibens der Gegenleistung. Da hier aber matrimonii gratia, also ob rem honestam gegeben wurde, konnte die Leistung nach den Regeln der condictio ob rem zurückgefordert werden[4].

Gegen die von Bufe vertretene Interpretierung der römischen Quellen spricht auch die Abgrenzung der condictio ob rem zur condictio ob turpem rem.

Paul. D.12,5,1 .."Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est."

Paul. D.12,5,2 "Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest."

---

1) Schwarz, condictio, 177 f.;
Niederländer, a.a.O., S. 623, Anm. 9
2) vgl. Niederländer, a.a.O., S. 623, Anm. 9
3) Schwarz, a.a.O., S. 178
4) Schwarz, a.a.O., S. 178

Was also ob rem honestam gegeben worden ist, kann bei Nichteintritt des Erfolges zurückgefordert werden. Dieses Moment spielt bei der condictio ob turpem rem gerade keine Rolle - etiamsi res secuta sit, repeti potest.

Paul. D.12,5,3 "Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus;"

Es wäre merkwürdig, wenn das Moment der Zweckerreichung hier wieder entscheidend sein sollte. Nach wie vor liegt eine datio ob turpem rem vor, bei der die Zweckerreichung grundsätzlich keine Rolle spielt. Zu Recht führt Niederländer aus[1], daß man diesen Sachverhalt hätte einfacher und klarer mit den Worten wiedergeben können:

"Bei turpitudo utriusque gelten die Regeln der condictio ob causam datorum."

Vorzuziehen ist die Deutung, daß auch bei turpitudo utriusque die Zweckerreichung außer Ansatz bleiben, die Rückforderung auf jeden Fall ausgeschlossen sein soll.
Der Quellenauslegung Bufes kann nicht gefolgt werden.

b) Aber auch die Gedanken Bufes zum geltenden Recht vermögen nicht zu überzeugen.

aa) Bufe verwirft zu Recht, wie wir meinen[2], die Theorien vom Strafzweck, der Schuldkompensation, der Verweigerung des Rechtsschutzes, die uns bei der Auseinandersetzung mit dem rechtspolitischen Grundgedanken des § 817 S. 2 begegnet sind.[3]
Er geht von dem "lapidaren Rechtsprinzip" des Bereicherungsrechts aus, "daß niemand einen Vermögens-

---

1) a.a.O. S. 623, Anm. 9
2) s.o.S. 44 ff., 49 ff.
3) vgl. Bufe, a.a.O., S. 256

gegenstand behalten soll, auf den er keinen Anspruch hat."[1] Dieses "lapidare Prinzip" erweist sich aber als zu starr, um allein darauf die Vorleistungstheorie zu stützen.
Schließlich ändert die Tatsache, daß die verbotene Gegenleistung erbracht wird, nichts daran, daß der Leistende einen Anspruch auf den Gegenstand nicht hat, den er nun behalten darf.

bb) Bufe erweitert seine Begründung denn auch um einen differenzierteren Gedanken.

"Denn die Parteien bedürfen des Schutzes der Rechtsordnung nicht, wenn sich ihre sittenwidrigen Abreden genauso verwirklicht haben, wie sie es sich vorstellten und wie es abgesprochen worden war."[2]

Wenn bei beiderseitiger Leistung alles sich entsprechend der Vorstellung der Parteien abgewickelt hat, scheidet demnach eine Rückforderung aus. Unterbleibt hingegen die Gegenleistung, haben sich die Vorstellungen der vorleistenden Partei nicht verwirklicht, sie kann also ihre Leistung zurückverlangen.
Das aber ist nichts anderes, als der der condictio ob rem zu Grunde liegende Gedanke[3]: Rückforderung der Leistung wegen Nichterreichung des bezweckten Erfolges. Bei dieser Deutung wäre § 817 S. 2 überflüssig, denn das gewünschte Ergebnis würde sich bereits über § 812 Abs.1 S.2 2.Alt. erreichen lassen.
Wie wir gesehen haben[4], scheidet aber das Moment des Erfolgseintritts für die condictio ob turpem rem als maßgebendes Kriterium gerade aus. Der wesentliche Unterschied zur condictio ob rem liegt

---

1) vgl. Bufe, a.a.O., S. 256
2) a.a.O., S. 257 - hier klingt wieder ein Rechtsschutzversagungsgedanke an.
3) vgl. schon die Betrachtungen zum röm. Recht, S.190
4) s.o.S.11 f.

eben darin, daß der erstrebte Erfolg wegen seiner Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit auf k e i n e n Fall einen rechtfertigenden Grund für das Behalten darstellt.
Es bleibt unerfindlich, warum das bei beiderseitiger Sittenwidrigkeit anders sein und die Frage der Zweckerreichung wieder in den Mittelpunkt rücken soll. Sie ist wegen der Sitten- oder Gesetzeswidrigkeit nach wie vor bereicherungsrechtlich unerheblich.

cc) Warum die Rückforderung sowohl bei Vorleistung einer Partei als auch bei beiderseitiger Leistung ausgeschlossen ist, erhellt letztlich aus Bufes Ausführungen selbst.

"Wer also zum Beispiel leistet, obwohl er weiß, daß er nicht zu leisten braucht, der kann nicht später unter Berufung auf eine mangelnde causa zurückfordern, denn alles geschah nach seinem wahren Willen."[1)]

Was Bufe hier durchaus zu Recht für den § 814 ausführt, steht im Widerspruch zu seiner Vorleistungstheorie. Denn: Auch der sittenwidrig Leistende weiß, daß er nicht zu leisten braucht, präziser gesagt, daß er nicht leisten darf. Erbringt er die Leistung trotzdem, geschieht das "nach seinem wahren Willen"[2)]. "Er kann nicht später unter Berufung auf eine mangelnde causa zurückfordern." Soweit sein Wille außerdem die Vorstellung einer Gegenleistung einschließt, ist er in Wahrheit unerheblich. Die Erbringung dieser Gegenleistung, die Zweckerreichung also, verstößt gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten. Ein Vertrauen darauf verdient zum Unterschied von der erlaubten - wenn auch nicht erzwingbaren - Gegenleistung der condictio ob rem keinen Schutz.

---

1) Bufe, a.a.O., S. 257
2) Bufe, a.a.O., S. 257

c) Es überrascht denn auch nicht, daß die "Vorleistungstheorie" mit dem Wortlaut des § 817 S. 2 nicht in Einklang zu bringen ist. Bufe löst dieses Problem auf eine literarisch interessante, juristisch weniger befriedigende Weise: "Nun, wer als Shylok am Worte haften und offenbare Ungerechtigkeiten begehen will, der mag es auch weiterhin tun. Wer aber den Gerechtigkeitsprinzipien zum Erfolge helfen will, die dem § 817 S. 2 zugrunde liegen, der wird sich eben über den Wortlaut hinwegsetzen müssen."[1)]

Eine derartige Abänderung des § 817 S. 2 erscheint uns de lege lata nicht möglich, sie könnte nur de lege ferenda erwogen werden. Gegen sie sprechen neben den oben dargelegten bereicherungsrechtlichen Bedenken - § 817 S. 2 würde praktisch der condictio ob rem gleichgestellt und wäre damit überflüssig - auch die Ergebnisse, die durchaus nicht als wünschenswert bezeichnet werden können.

aa) Die Beteiligung an einem verbotenen oder sittenwidrigen Geschäft erweist sich unter diesen Umständen als völlig risikolos. Der Vorleistende kann ohne weiteres seine Leistung erbringen, bleibt die Gegenleistung aus, erhält er sie zurück. Wird sie hingegen erbracht, ist der beabsichtigte Erfolg eingetreten, an einer Rückgängigmachung des Vertrages wird in aller Regel kein Interesse bestehen[2)].

Damit gleicht sich das verbotene Rechtsgeschäft in seinen Auswirkungen fast dem rechtmäßigen an: bei

---

1) Bufe, a.a.O., S. 258

2) Von dieser Konstellation muß doch ausgegangen werden. Der von Bufe plötzlich in den Vordergrund gestellte Fall der Rückgängigmachung trotz erbrachter Leistungen, dürfte demgegenüber die Ausnahme bilden.

beiderseitiger "Erfüllung" entfallen weitere Ansprüche, bei nur einseitiger Erfüllung, einer "Leistungsstörung" gewissermaßen, besteht zwar kein Erfüllungsanspruch, aber doch ein Anspruch auf Rückgewähr der erbrachten Leistung.

bb) Eine weitere unerfreuliche Konsequenz wäre der faktische Erfüllungszwang, vor den sich der nichtleistende Partner gestellt sieht[1]. Will er sich nicht dem Bereicherungsanspruch aussetzen, möglicherweise hat er das empfangene Geld schon verbraucht, erbringt er die verbotene oder sittenwidrige Handlung[2]. Es wird die Absicht der §§ 134, 138, solchen Geschäften jegliche Wirksamkeit abzusprechen, faktisch wieder aufgehoben.

cc) Schließlich sind auch die von Bufe als Beispiele für die "offenbaren Ungerechtigkeiten" in den Vordergrund gestellten Bordell- und Wucherfälle[3], nicht geeignet, die Vorleistungstheorie zu rechtfertigen.
Zu den Bordellverkaufsfällen wird noch Stellung zu nehmen sein. Wir meinen, daß eine befriedigende Lösung hier nur bei der Frage der Sittenwidrigkeit des Bordellgeschäfts ansetzen kann.[4]
Ähnliches gilt für das Wucherdarlehen. Auch dort bedarf es nicht der kunstvollen Konstruktion Bufes, um ein befriedigendes Ergebnis zu erreichen. Als solches wurde oben dargestellt[5] die Möglichkeit der sofortigen Rückforderung des Kapitals, es sei

---

1) Die Vermeidung dieser Folge wird zu Recht von Niederländer, a.a.O., S. 623 gerade als eine der positiven Konsequenzen des § 817 S. 2 betrachtet.
2) Der Beamte nimmt also nach Empfang der Bestechungssumme die amtswidrige Handlung vor, der gedungene Mörder den Mord, der Schwarzhändler liefert die verbotene Ware.
3) Bufe, a.a.O., S. 219 ff., 227 ff.
4) s.S. 217 ff.
5) s.o.S.113 ff.

denn, der Bewucherte ist selbst an der Aufrechterhaltung des Geschäftes interessiert und zahlt freiwillig[1].
Die Lösung liegt hier in der zu verneinenden Frage, ob § 817 S. 2 auch bei einseitigem Verstoß des Leistenden anzuwenden ist. Diese Frage hätte Bufe vor der Heranziehung seiner Vorleistungstheorie klären müssen.

Der These Bufes, wonach die vorleistende Partei bei Ausbleiben der Gegenleistung ihre Leistung trotz dem damit verbundenen Gesetzes- oder Sittenverstoß zurückverlangen kann, ist demnach d e l e g e l a t a nicht zuzustimmen. Die mit ihr zu erzielenden Ergebnisse lassen eine Einführung auch nicht d e l e g e f e r e n d a als wünschenswert erscheinen.

IV. Der Lösungsversuch Seilers

a) Gleichfalls des Kunstgriffs der teleologischen Reduktion bedienen will sich neuestens Seiler[2], um so die Anwendung des § 817 S. 2 bei einem Gesetzesverstoß dann auszuschließen, wenn er sich nicht gleichzeitig als Sittenverstoß darstellt.
Seiler ist der Auffassung, die Bedeutung der Gesetze im Rahmen der Rechtsordnung habe sich seit dem 19. Jahrhundert erheblich gewandelt. Zahlreiche Gesetze insbesondere der Wirtschaftsgesetzgebung seien sittlich indifferent, hätten rein ordnende Funktion[3]. Eine generelle Gleichstellung des Gesetzesverstoßes mit dem Sittenverstoß sei nicht mehr gerechtfertigt. Die Urheber des § 817 S. 2

---

1) Im Ergebnis stimmen wir insoweit grundsätzlich mit Bufe überein, vgl. S. 229
2) Seiler, Festschrift f. Felgentraeger, 379 ff.
3) Seiler, a.a.O., 391

hätten nicht ahnen können, "welche Tragweite die von ihnen geschaffene Vorschrift durch die inflatorische Vermehrung von Gesetzen im 20. Jahrhundert bekommen würde."[1)]

Dies Argument der vom Gesetzgeber nicht vorausgesehenen Entwicklung, des bloßen Ordnungscharakters vieler Gesetze, ist nicht neu. Es ist uns aus der Diskussion um die Berechtigung des § 817 S. 2 bei der Wirtschaftsgesetzgebung der Nachkriegszeit ebenso bekannt, wie die dagegen vorgebrachten Bedenken[2)].

Es verwundert denn auch nicht, daß schon damals die jetzt von Seiler wieder aufgegriffene These vertreten wurde, § 817 S. 2 finde bei Rechtsgeschäften keine Anwendung, die gegen ein gesetzliches Verbot, nicht aber gegen die guten Sitten verstießen[3)].

b) Seiler beruft sich zur Unterstützung seiner teleologischen Reduktion vor allem auf das römische Recht. Auf Grund einer Analyse der in den Quellen, insbesondere in D.12,5 überlieferten Fälle[4)], glaubt er nachweisen zu können, daß "die heute so umstrittene Regelung in der römischen Praxis" auf offenkundig sittenwidrige Sachverhalte, sogenannte

---

1) Seiler, a.a.O., 391
2) s.o.S. 155 , sehr anschaulich bei Hammes, JR 1950,11 ff. (insbes. 14/15)
3) s.o.S. 156 ; vgl. etwa OLG Hamburg, NJW 1947/48, 625 - "Das gesetzliche Verbot der Preisbildungsvorschriften ist nicht aus der allgemeinen Sittennorm herzuleiten und hat überwiegend Ordnungscharakter;
LG Braunschweig, MDR 1950, 733 - welches kurioserweise der Rückforderung einer überhöhten Mietzahlung mangels eines bewußt unsittlichen Zweckes zwar nicht § 817 S.2 entgegenstehen lassen will, dafür aber den Gesichtspunkt der Verwirkung;
vgl.weiter LG Münster, MDR 1949,680 ff. und die Kritik an dieser Entscheidung in OGH BZ NJW 1950, 691
4) vgl. Seiler, a.a.O., 381 ff.

Gaunerfälle beschränkt worden ist[1]. Diesen Gehalt der römischen Regel, an die sie anknüpfen wollten, hätten die Urheber des Bürgerlichen Gesetzbuchs verkannt[2].

Eine Wiederaufnahme dieses Gedankens mit der Folge einer Beschränkung des § 817 S. 2 auf die Fälle des Sittenverstoßes, die Forderung nach einem besonderen Unwerturteil, setze die Praxis in die Lage, die sogenannten N o t f ä l l e oder Fälle f a h r l ä s s i g e n V e r s t o ß e s auszuscheiden. Die Regelung solle auf die Fälle beschränkt werden, in denen sie sinnvoll sei, die Gaunerfälle[3].

c) Zur Berechtigung der Anknüpfung der Auslegung des geltenden Rechts am römischen Recht ist schon Stellung genommen worden[4]. Auch Seiler verkennt nicht, daß das gemeine Recht die Regel bei Verstößen gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung anwandte[5]. An diese Entwicklungsstufe knüpfte das BGB an. Das römische Recht muß also unter einem mehr rechtsvergleichenden Aspekt gesehen werden, kann Anregung sein, nicht binden.

Dabei erscheint es fraglich, inwieweit man aus der beschränkten Zahl der überlieferten Fälle tatsächlich die von Seiler vorgeschlagene Einengung der Anwendung des § 817 S. 2 auf Fälle offenkundiger Sittenwidrigkeit, Gaunerfälle, herleiten kann. Ob die turpitudo des römischen Rechts, von der für unsere Betrachtung doch auszugehen ist, mit dem Verstoß gegen die guten Sitten i.S.d. § 138 verglichen werden kann, bedürfte einer eingehenderen

---

1) vgl. Seiler, a.a.O., S. 389
2) a.a.O., S. 391
3) a.a.O., S. 391
4) s.S.187
5) a.a.O., S. 390

Untersuchung, als sie hier Seiler vornimmt[1]. Wenn Seiler anderen Lösungsversuchen, bei denen die römischen Quellen herangezogen wurden[2], den Vorwurf macht, von modernrechtlichen Thesen zu § 817 S. 2 auszugehen und die mehr oder minder überzeugend interpretierten Quellen zur Unterstützung dieser Thesen herhalten zu lassen[3], so fällt dieser Vorwurf auf ihn zurück. Schließlich müssen zur Begründung seiner modernrechtlichen Unterscheidung zwischen dem Verbot reinen Ordnungscharakters und dem Verbot offenkundig sittlichen Gehalts auch die römischen Quellen herhalten.

d) Ungeachtet dessen ist es zweifelhaft, ob die vorgeschlagene Begrenzung tatsächlich zu wünschenswerten Ergebnissen führt.
Die bloße Abgrenzung zwischen dem Gesetzesverstoß, der nicht gleichzeitig einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt[4], und dem gleichzeitig gegen die guten Sitten verstoßenden Verhalten, scheint die von Seiler beabsichtigte Unterscheidung nicht korrekt wiederzugeben. Aus seiner Gegenüberstellung von Fällen o f f e n k u n d i g e r S i t t e n w i d r i g k e i t und sittlich neutralen Verstoßfällen beziehungsweise Fällen g e r i n g e n sittlichen Gewichts, aus seiner Beschränkung des § 817 S. 2 auf G a u n e r f ä l l e , läßt sich folgern, daß nach seiner Meinung die Grenze zu suchen ist zwischen s c h w e r e r und

---

1) vgl. etwa die Untersuchung Kasers über Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht, SZ 60, 95 ff; Lotmar, Der unmoralische Vertrag, 13 ff.
2) etwa Heck, AcP 124, 1 ff.; Bufe, AcP 157, 215 ff.
3) Seiler, a.a.O., S. 381
4) Nicht mit jedem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ist ein Verstoß gegen die guten Sitten verbunden, vgl. st. aller Erman-Westermann, 134, 1

l e i c h t e r Sittenwidrigkeit[1]. Die Konsequenz einer derartigen Grenzziehung dürfte eine mehr oder weniger willkürliche Einzelfallrechtsprechung sein, welche mit dem Gebot der Rechtssicherheit schwerlich zu vereinen ist[2].

Seiler glaubt, durch seine Unterscheidung, die Praxis in die Lage versetzen zu können, "die sogenannten Notfälle oder die Fälle fahrlässigen Verstoßes auszuscheiden"[3]. Er sieht das als das wünschenswerte Ergebnis seines Auslegungsversuchs an.

Soweit die Fälle fahrlässigen Verstoßes ausgeschieden werden sollen, ist das im Ergebnis durchaus zu bejahen. Es bedarf dazu aber nicht einer Beschränkung des § 817 S. 2 auf den Sittenverstoß. Wie dargelegt, geht die herrschende Auffassung und gehen auch wir davon aus, daß nur ein "vorsätzlicher Verstoß" gegen das entsprechende Verbot oder die guten Sitten die Ausschlußwirkung des § 817 S. 2 herbeiführt[4]. Den Bedenken Seilers ist also insoweit durchaus Rechnung getragen.
Soweit Seiler außerdem glaubt, die "sogenannten Notfälle" ausscheiden zu können, bleibt offen, was er unter einem Notfall versteht[5].
Es ist zu vermuten, daß er die Fälle des Verstoßes insbesondere gegen Wirtschaftsbestimmungen im Auge hat, von denen man schon in der Nachkriegszeit

---

1) Der Gedanke, § 817 S.2 auf die Fälle "schweren Verstoßes" zu beschränken, taucht immer wieder einmal auf; vgl. etwa Raiser, JZ 1951, 718 f. - "Es muß überlegt werden, ob bei der Anwendung dieses Grundsatzes nicht nach der Schwere des Verstoßes oder dem Gewicht der übertretenen Norm unterschieden werden müßte."
2) s.o.S.174 f.
3) a.a.O., S. 391
4) s.o.S.61 ff.
5) Hierdurch würde ein weiteres Moment der Unsicherheit in die Anwendung der Vorschrift gebracht.

glaubte, daß ohne sie der größte Teil des deutschen Volkes verhungert wäre[1]. Dann kann allerdings auch hier nur festgestellt werden, daß die Bemühungen Seilers um Abhilfe durch eine nicht dem Wortlaut des § 817 S. 2 entsprechende Einschränkung in die falsche Richtung weisen. Wer aus "Not" gegen ein bestimmtes gesetzliches Verbot "verstößt", begeht richtiger Ansicht nach überhaupt keinen Verstoß[2].

Dieser Angriff richtet sich nicht eigentlich gegen § 817 S. 2, sondern gegen die Vorschrift, die in einer nicht vertretbaren Weise den Verstoß provoziert. Dort muß die Lösung gesucht werden, nicht im Rahmen des § 817 S. 2. Insoweit kann auf die oben dargelegten Ausführungen verwiesen werden[3].

e) Ist mithin die Beschränkung des § 817 S. 2 auf die Fälle "offenkundigen Sittenverstoßes" nicht erforderlich, um die Fälle des fahrlässigen Verstoßes auszuschalten und nicht der richtige Weg, um "Notfällen" zu begegnen, so sprechen darüberhinaus unerwünschte Konsequenzen einer uneingeschränkten Kondizierbarkeit bei bloßem Gesetzesverstoß gegen die These Seilers.

Hierzu wurde bereits in anderem Zusammenhang Stellung genommen[4]. Es sollen noch einmal genannt werden die Rechtsunsicherheit, die Begriffe wie - "offenkundiger Sittenverstoß, Gaunerfälle, Notfälle", mit sich bringen, die völlige Risikolosig-

---

1) s.o.S. 162
2) Es ist genau zu untersuchen, ob das Gesetz nicht ohnehin den Schutz des Leistenden bezweckt (Bewucherter !) und deshalb ein Verstoß entfällt, oder ob das Gesetz durch die tatsächliche Entwicklung nicht derart außer der Rechtswirklichkeit steht, daß es keine Geltung mehr beanspruchen kann, vgl. dazu oben S. 164
3) s.o.S. 167
4) s.o.S. 79 f., 193 ff.

keit eines solchen verbotenen Geschäfts, das dreißigjährige Rückforderungsrecht, der faktische Erfüllungszwang[1].

f) Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß eine dem Wortlaut des § 817 S. 2 widerstreitende Beschränkung auf "Gaunerfälle, Fälle offenkundiger Sittenwidrigkeit", nicht zugestimmt werden kann. Sie ist nicht erforderlich oder nicht der richtige Weg, um die Fälle fahrlässigen Verstoßes und die "Notfälle" auszuscheiden. Die freie Rückforderbarkeit einer "nur" gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Leistung würde zu den dargelegten unerwünschten Konsequenzen führen.

V. Exkurs: Die Bordellgeschäfte

1. Die "in friedlicheren Zeiten"[2] neben dem Wuchergeschäft zweite große Streitfrage, die zu teilweise erbitterten Auseinandersetzungen führte, war die Behandlung des Bordellgeschäftes im Rahmen des § 817 S. 2. Wenn diese Fälle auch in der heutigen Rechtsprechung etwas in den Hintergrund getreten sind[3], so nicht deshalb, weil sie inzwischen einer zufriedenstellenden Lösung zugeführt worden sind. Vielmehr ist wohl anzunehmen, daß entweder ein gewisser Geschäftsrückgang auf diesem Gebiet zu verzeichnen ist oder - was wahrscheinlicher ist - die entsprechenden Verträge so abgefaßt und ausgeführt werden[4], daß sie nur noch in den seltensten Fällen gerichtliche Auseinandersetzungen nach sich ziehen.
Dennoch erscheint uns eine kurze Auseinandersetzung mit der Behandlung der Bordellgeschäfte als nütz-

---

1) vgl. dazu im einzelnen S.79 f., 193 f.
2) Raiser, JZ 1951, 718
3) vgl.aber wieder BGHZ 41,341 ff.- Bordellpacht
4) auf Grund der Erfahrungen mit der einschlägigen Rechtsprechung insbesondere des Reichsgerichts

lich. An ihr läßt sich unseres Erachtens deutlich eine Erscheinung ablesen, die an anderer Stelle mit dem Schlagwort "Fehlerkompensation"[1] bezeichnet wurde: Zweifel an der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte, die im Zusammenhang mit einem Bordellbetrieb getätigt werden, äußern sich in der Weise, daß mit der uneingeschränkten Anwendung des § 817 S. 2 gezögert wird.

a) "Es ist aber anerkannten Rechtens,

1) daß ebenso wie Kauf- und Mietverträge über Bordellgrundstücke, die zum Zwecke des Bordellbetriebes abgeschlossen sind, auch Kauf- und Mietverträge über das Mobiliar eines Bordells, sofern durch solche Verträge der Bordellbetrieb ermöglicht werden soll, wegen dieses objektiven Inhalts und Vertragszwecks als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen sind, namentlich dann, wenn der Kauf- oder Mietpreis mit Rücksicht auf den Bordellbetrieb besonders hoch bemessen ist, so daß ein Teil dieses Preises als Vergütung für die Überlassung des Bordellgeschäftes anzusehen ist, und

2) daß in einem solchen Falle das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist."[2]

Diese in einer frühen (1906) Entscheidung des Reichsgerichts ausgesprochene Erkenntnis darf als leitend für die bis heute in Schrifttum und Rechtsprechung herrschende Auffassung gelten, die Verträge im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Bordells grundsätzlich als sittenwidrig begreift[3].

---

1) s.o.S.2
2) RGZ 63,346 ff.(351)unter Berufung auf ältere Entscheidungen - RGZ 29,109; 38,202; Puchelts Zeitschr. 20,10 u. 34; 34,450
3) Flume, AT, § 18,10 h; Larenz, AT, § 28 III b 1 u.5; Soergel-Hefermehl, § 138,105; Staudinger-Coing, § 138, 19 aa; Pawlowski, ARSP 1964,502 ff. (506); s.ferner aus der reichhaltigen Rechtsprechung RGZ 68, 97 ff.(98); 71, 432 ff.(433), 86, 191 ff.(192); OLG Hamburg, OLG 33, 291; BGHZ 41, 341 ff. (342)

Das gilt zumindest dann, wenn die "unsittliche" Zweckbestimmung auf die inhaltliche Gestaltung des Vertrages einen besonderen Einfluß gehabt hat, also etwa der Kaufpreis besonders hoch bemessen ist[1]. Das soll jedoch nur für das schuldrechtliche Grundgeschäft gelten, die auf Grund des nichtigen Kaufvertrages etwa vorgenommenen Erfüllungsgeschäfte wurden und werden als gültig angesehen[2].

b) Aus dieser Grundeinstellung zu dem im Zusammenhang mit einem Bordellbetrieb vorgenommenen Rechtsgeschäft ergab sich folgende typische Situation:

V verkauft dem K ein Grundstück, auf dem sich ein Bordellbetrieb befindet. Von dem Kaufpreis in Höhe von 100.000,- DM bezahlt K 50.000,- DM,für den Restkaufpreis bestellt er dem V eine Hypothek an dem Grundstück[3].
Das Grundgeschäft ist nach herrschender Auffassung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, die Übereignung des Grundstückes hingegen gültig. V kann von K den Restkaufpreis nicht fordern, er kann auch wegen § 817 S. 2 nicht die Rückübereignung des Grundstücks verlangen. Da eine gültige Kaufpreisforderung nicht entstanden ist, steht die für diese Forderung bestellte Hypothek dem K als Eigentümergrundschuld zu, §§ 1163, 1177.

Das Ergebnis lautet demnach: K kann das Grundstück für die Hälfte des Kaufpreises behalten[4], er kann außerdem hinsichtlich der im Grundbuch eingetragenen Restkaufpreishypothek Löschung oder Umschreibung verlangen[5].

---

1) vgl. hierzu etwa RGZ 68, 97 ff.(99); Larenz, AT, § 28 III b 5 (437); Staud.-Coing, § 138, 19,aa
2) s.die vorhergehenden Anmerkungen
3) vgl. etwa RGZ 68, 97 ff.; 71, 432 ff.
4) noch gravierender ist der Fall natürlich, wenn K keine Anzahlung geleistet hat.
5) vgl. Staudinger-Seufert, § 817, 16

Diesen dem K auf Grund der Nichtigkeit der Restkaufpreisforderung an sich zustehenden Anspruch auf Befreiung von der "dinglichen Haftung" hat das Reichsgericht allerdings als arglistig versagt.
"Allein der Kläger (K) verlangt zuviel, wenn er Befreiung von seiner Verbindlichkeit begehrt und das auf unsittliche Weise Erlangte nicht herausgeben, sondern unentgeltlich behalten will. Dieses Verhalten ist arglistig und verstößt sowohl gegen die Grundsätze von Treu und Glauben als auch gegen alles Anstands- und Rechtsgefühl; ein solches Verhalten kann durch die Rechtsordnung nicht geschützt werden."[1)]

Damit ist aber, worauf mit Recht hingewiesen wird, "noch nichts erreicht."[2)] Das Reichsgericht stellt nämlich andererseits ausdrücklich fest, daß der Verkäufer keinen Anspruch auf den Kaufpreis und keinen Anspruch aus der Hypothek hat, weil eben der Kaufvertrag nichtig ist[3)].
Es erscheint fraglich, ob man bei dieser Ausgangslage tatsächlich von einem arglistigen Verhalten des Käufers sprechen kann. Letztlich verlangt er nur die Realisierung des ihm auch vom Reichsgericht nicht abgesprochenen Rechtes. Das Reichsgericht macht diese Realisierung von der "Erfüllung" eines, wie es selbst feststellt, nicht bestehenden Anspruchs abhängig.
Nimmt man die fragwürdige Begründung aber einmal so hin, so bleibt ein nach wie vor merkwürdiges Ergebnis festzustellen: Der Käufer ist Inhaber einer Eigentümergrundschuld, kann aber ohne Erstattung des Restkaufpreises nicht die Umschreibung im Grundbuch verlangen, "die Aufhebung der

---

1) RGZ 71, 436
2) Staudinger-Seufert, § 817, 16
3) RGZ 71, 437

Hypothekenberechtigung" des Verkäufers[1]. Die Durchsetzung dieser Forderung wird vom Reichsgericht als arglistig angesehen. Andererseits hat der Verkäufer aber weder einen Anspruch auf den Restkaufpreis, noch kann er die ihm formell zustehende Hypothek verwerten.
Da der Käufer bei dieser Konstellation tunlichst auf eine Geltendmachung seiner Rechte hinsichtlich der Eigentümergrundschuld verzichten wird[2], behält er letztlich doch das Grundstück ohne Zahlung des Restkaufpreises. Formelle und materielle Rechtslage fallen wieder auf Dauer auseinander[3].

Nicht erfaßt wird von dieser Lösung der Fall der Vorleistung des Verkäufers ohne dingliche Sicherung. Hier bleibt der Käufer nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und auch nach dem Wortlaut des Gesetzes unzweifelhaft im Besitz der Leistung, ohne daß sein Verhalten als arglistig charakterisiert werden kann.

c) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte insbesondere in der älteren Literatur eine Reihe zum Teil zustimmender, zum Teil kritischer Stellungnahmen zur Folge[4], die aber alle im wesentlichen von der Sittenwidrigkeit des Bordellgeschäftes ausgingen.
An den Kern des Problems rührte hingegen etwa v. Tuhr, wenn er ausführte[5]: "Solange die Praxis

---

1) RGZ 71, 435
2) Da der Verkäufer das Buchrecht nicht verwerten kann, droht ihm insoweit keine Gefahr.
3) vgl. zu dem Problem die Erörterungen bei der Frage der Anwendung des § 817,2 gegenüber dem Anspruch aus § 985, s.o.S. 127
4) Auf eine Darstellung im einzelnen wird verzichtet, vgl. die umfassende Übersicht bei Heck, AcP 124, S.4, Anm. 8
5) AcP 120,9 - als eigentliche Ursache für die unerfreulichen und unbilligen Ergebnisse sah v.Tuhr allerdings die Vorschrift des § 817 S.2 an.

daran festhält, den Bordellkauf als nichtig gemäß § 138 zu behandeln, wird man stets zu Entscheidungen kommen, welche mit dem Gerechtigkeitsgefühl kollidieren und der einen unsittlichen Partei auf Kosten ihres ebenso unsittlichen Gegners einen zufälligen und unverdienten Vorteil verschaffen". Dieser Auffassung ist zumindest insoweit zuzustimmen, als die entscheidende Frage nicht die der Anwendung des § 817 S. 2 oder ihrer Umgehung mit Hilfe kunstvoller Konstruktionen, sondern die der Sittenwidrigkeit der Geschäfte im Zusammenhang mit einem Bordellbetrieb ist.

d) Wenn man den Bordellkauf als sittenwidrig erachtet, erscheint es konsequent und gerechtfertigt, § 817 S. 2 mit seinen möglicherweise harten Folgen - vor allem bei Vorleistung einer Partei - anzuwenden. Das Reichsgericht geht grundsätzlich denn auch von der uneingeschränkten Geltung der Vorschrift aus. Nicht einzusehen ist es dann, warum man auf dem Weg über § 242, die Einrede der Arglist, im Fall der Bordellhypothek das Ergebnis wieder verwässern und dem Bordellverkäufer doch zu seinem Gelde verhelfen will[1]. Andererseits erscheint es in der Tat wenig befriedigend, den Bordellverkäufer auf diese Weise zu benachteiligen.

e) Der Grund hierfür liegt jedoch unseres Erachtens nicht in der verfehlten Regelung des § 817 S. 2. Vielmehr muß die Frage gestellt werden, ob nicht die Prämisse der Sittenwidrigkeit des Bordellkaufs insbesondere, aber auch der anderen mit dem Bordellbetrieb zusammenhängenden Geschäfte[2], von der heute noch so selbstverständlich ausgegangen wird,

---

1) Im Ergebnis also durchaus zu Recht lehnt Staudinger-Seufert, § 817,16 die "Zulassung solcher Aushilfsmittel" ab.

2) wie etwa die Bordellpacht, um die es in BGHZ 41, 341 ff. ging.

einer grundlegenden Revision bedarf. Es ist bedauerlich, daß der Bundesgerichtshof in seiner oben erwähnten Entscheidung zur Bordellpacht[1] die Gelegenheit zu einer neuerlichen Auseinandersetzung mit dieser Frage nicht nutzte, sondern ohne nähere Begründung[2] von der Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit des Pachtgeschäftes ausging[3].

Bei einer Neudurchdenkung dieses Problems erscheint ein Blick auf die Behandlung des Bordellbetriebes im Strafrecht und im öffentlichen Recht aufschlußreich. Nimmt man doch gerade dort ein ähnlich zwiespältiges Verhältnis zu der Frage ein wie im Zivilrecht.

2. Die strafrechtliche Behandlung des Bordells.

a) Gemäß § 180 Abs. 1-3 StGB wird die Kuppelei unter Strafe gestellt. Kuppelei liegt vor, "wenn jemand durch Vermittlung oder durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit der Unzucht zwischen anderen Vorschub leistet."[4] Als Beispiel hierfür wird in § 180 Abs. 2 StGB insbesondere die Unterhaltung eines Bordells oder eines bordellartigen Betriebes genannt.

---

1) BGHZ 41, 341 ff. (342)
2) soweit aus den Gründen ersichtlich.
3) Erfreulich immerhin, daß der BGH in einer seiner jüngsten Entscheidungen, NJW 1970, 1179 f. die Auffassung vertritt, daß zumindest ein Vermieten von Zimmern an Dirnen nicht sittenwidrig sei. Das gilt selbst dann, wenn die Miete aus Geldern bezahlt wird, die die Prostituierte für die Ausübung ihres Gewerbes erhält. Zur Begründung wird u.a. darauf verwiesen, durch das Vermieten von Zimmern in einem der behördlichen Überwachung unterliegenden Haus solle verhindert werden, daß die Dirnen auf die Straße gehen. Allerdings weist der BGH ausdrücklich darauf hin, daß das Vermieten von Zimmern an Dirnen noch keinen Bordellbetrieb darstelle.
4) Schönke-Schröder, § 180, 1

Diese Bestimmung wurde auf Grund des § 16 des Gesetzes über die Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten vom 18.2.1927[1] eingeführt. Vorher war man zwar auch der Ansicht, daß die Unterhaltung eines Bordells den Tatbestand der Kuppelei erfüllte, hatte jedoch überwiegend angenommen, polizeiliche Konzessionierungen stellten einen Rechtfertigungsgrund dar[2]. Derartige polizeiliche Konzessionierungen oder Tolerierungen sind nach der Neufassung unbeachtlich[3].
Zuzustimmen ist Maurach[4], wenn er angesichts dieser Zwiespältigkeit von einem eigenartigen Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung spricht. Darauf werden wir noch zu sprechen kommen.

b) Die absolute Untersagung des Bordellbetriebes mußte zur Folge haben, daß die Dirnen sich anderweit nach Unterkünften umsahen. Also ergab sich für den Gesetzgeber die Notwendigkeit, unter gleichzeitiger Einsicht, die Prostitution nicht aus der Welt schaffen zu können, den Kuppeleitatbestand einzuschränken. Andernfalls hätte sich jeder Vermieter eines Zimmers an eine Prostituierte strafbar gemacht[5]. Folge dieser Überlegung war der gleichzeitig eingeführte § 180 Abs. III StGB. Danach ist die bloße Wohngewährung von der Bestrafung ausgenommen, soweit nicht ein Ausbeuten, ein Anwerben oder ein Anhalten der Person zur Unzucht damit verbunden ist[6]. Diese bloße Wohnungsgewährung soll sich vom Bordellbetrieb insbesondere dadurch unterscheiden, daß die für einen solchen ge-

---

1) RGBl. I 61 ff.
2) vgl. Frank, StGB, § 181 III 2 mit weiteren Nachweisen
3) vgl. Frank, a.a.O., § 181 III 2; Maurach, BT, § 50 VI A 2a (460)
4) a.a.O.
5) Maurach, a.a.O.
6) vgl. auch BGH NJW 1970, 1179, s.o.S.207,Anm.3

forderte wirtschaftliche Abhängigkeit vom Unternehmer hier entfällt[1].

aa) Die Abgrenzung zwischen erlaubter Wohnungsgewährung und verbotener Unzuchtsförderung, zu der der Bordellbetrieb gehört, erscheint durchaus fließend. Bei der Berechnung des noch für angemessen empfundenen Mietzinses, den die Prostituierte zu zahlen hat, darf der Vermieter einen sogenannten "Unbequemlichkeitszuschlag" berücksichtigen.

Die derart erhöhte Miete soll zwar keine besondere Belohnung für die Zulassung des "Unzuchtsbetriebes" darstellen oder die Prostituierte zu einer Steigerung ihres "Unzuchtsbetriebes" zwingen[2]. Aber eingerechnet werden dürfen außer der Raumüberlassung die mit der Vermietung an Dirnen verbundenen Unannehmlichkeiten. Dazu rechnet man etwa

- die dauernde Entwertung der Wohnräume,
- die Rufschädigung des Vermieters,
- die bei Dirnen besonders häufig anzutreffende Unzuverlässigkeit und Neigung zu strafbaren Handlungen und Ausschreitungen,
- die Unsicherheit und Gefährdung, die durch den unkontrollierten Verkehr fremder, nicht selten angetrunkener Männer in der Wohnung hervorgerufen wird[3].

Die obere Grenze des dem Vermieter zuzugestehenden Zuschlags soll sich nach den jeweiligen örtlichen Verhältnissen und den Umständen des Einzelfalles

---

1) vgl. Maurach, a.a.O.; Schönke-Schröder, § 180, 20-22; RGSt 62, 341 ff.
2) RGSt 63, 166/167; Bayr.ObLG NJW 1955, 1199
3) So die Aufzählung in Bayr.ObLG NJW 1955, 1199; vgl. auch RGSt 62, 341 ff. (347 f.) u. Bayr.ObLG, GA 1961, 86 ff.
Scharf gegen diese Ausweitung des Unbequemlichkeitszuschlages Becker, FamRZ 1956, 8 ff. (9).

richten. Sie soll nicht so hoch liegen, "daß die zu gewährende Vergütung letzten Endes doch auf ein Ausbeuten der Mieterinnen hinauslaufen würde, aber auch nicht so niedrig, daß jede Geneigtheit zum Vermieten an Dirnen schwinden und infolgedessen der Zweck des Gesetzes, auch solchen Frauenspersonen Wohnungen zu sichern, vereitelt würde."[1] Mit anderen Worten: man will nicht die Prostitution an sich treffen -in der Einsicht, daß man sie nicht abschaffen kann. Man will aber "das unzüchtige Treiben" von der Straße und aus der Öffentlichkeit wegschaffen[2].

bb) Unter diesem Aspekt rückt die "Wohnungskuppelei", zu der letztlich auch der Bordellbetrieb gerechnet werden muß, in die Nähe der Vermögensstraftaten[3]. Dieser Gedanke unterscheidet sich grundlegend von einer Bestrafung der Unzucht an sich, der "Immoralität"[4]. Wie weit der Begriff der "bloßen Wohnungsgewährung" heute schon verstanden wird, erhellt aus einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die wegen ihrer zum Teil verblüffenden Argumentation etwas ausführlicher dargestellt werden soll[5].

Die wegen Kuppelei Angeklagte war Inhaberin eines Hauses in einer sogenannten Dirnenstraße, in der sämtliche Häuser zur gewerblichen Zimmervermietung errichtet waren und Zimmer auf polizeiliche Anweisung (!) nur an Prostituierte vermietet werden durften. Den Prostituierten war gestattet, sich an den Fenstern der Aufenthaltsräume von Freiern ansprechen zu lassen. Sie erhielten im Haus Früh-

---

1) BayrObLG NJW 1955, 1199
2) BayrObLG, a.a.O.
3) Zu Recht weist Maurach, JZ 1957, 636, auf die "engste Nähe" zum Wucher hin; vgl. auch Bohne, Festschr. Frank, S. 455
4) Maurach, a.a.O.
5) BGH NJW 1964, 2023 ff. - Urt. vom 8.5.1964, 4 StR 57/64

stück, Mittagessen und Abendbrot[1)], es wurde Alkohol ausgeschenkt, man hielt diverse Schutzmittel vorrätig.
Trotz aller dieser Einzelheiten kommt das erkennende Gericht zu dem Ergebnis, daß hier der Tatbestand der Kuppelei nicht erfüllt sei. Über den Tatbestand der bloßen Wohnungsgewährung im Sinne des § 180 Abs. III StGB gehe es nicht hinaus, "wenn im Hause Gelegenheit zur Einnahme von Mahlzeiten geboten wird und alkoholische Getränke feilgeboten werden"[2)3)]. Man fragt sich bei dieser Sachlage, wo hier noch eine scharfe Grenze zur verbotenen Kuppelei liegen soll.

c) Zehn Jahre zuvor (1954) bereits geißelte die Abgeordnete Lüders in einer lesenswerten Rede vor dem Deutschen Bundestag die "doppelte Moral" der Verwaltung und der Justiz bei der Behandlung des § 180 StGB und führte unter anderem aus:

"Und was tut die Staatsanwaltschaft (und die Rechtsprechung,d.Verf.)? Sie verschanzt sich zur Begründung für ihr Nichteingreifen dahinter, daß in diesen Lokalitäten angeblich 'keine Ausbeutung' und 'kein Anhalten' zur Unzucht stattfinde. Dann möchte ich doch einmal fragen: sind 15,- bis 25,- DM und mehr tägliche Miete keine Ausbeutung, und ist das

---

1) Was den BGH zu der erleichterten Feststellung veranlaßt, auf diese Weise würden die Dirnen von unerwünschten Besuchen öffentlicher Gaststätten abgehalten.
2) Verurteilt wurde die Angeklagte dennoch - nämlich wegen unbefugter Ausübung des Betriebes einer Schankwirtschaft!
3) Als wesentlich von dem hier dargestellten Fall abweichend sieht der 4. StR S. hingegen den Sachverhalt, den kurz zuvor der BGH - 5.StR 501/63 - als Kuppelei angesehen hatte. Hier war außer den oben dargelegten Merkmalen noch festgestellt worden, daß eine Wirtschafterin mit Wissen des Pensionsinhabers die Freier in Empfang nahm, wenn alle Dirnen bereits einen Besucher hatten.

kein Anhalten zur Unzucht? Denn es muß ja erst einmal das Geld verdient werden, um diese Mieten bezahlen zu können."[1)]
Diese Worte haben angesichts des oben wiedergegebenen Urteils von ihrer Aktualität nichts eingebüßt, ihnen ist auch nichts mehr hinzuzufügen. Berücksichtigt man noch, daß das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit für den bordellartigen Betrieb, der gemäß § 180 Abs. 2 StGB dem Bordell gleichgestellt ist, zum Unterschied vom Bordell nicht gefordert wird[2)], verschwimmt der Unterschied zwischen strafbarer Kuppelei und erlaubter Wohnungsgewährung in der Auslegung der Rechtsprechung weiter.
Wenn der BGH in einem weiteren Urteil feststellt[3)], daß die unter ähnlichen Verhältnissen, wie sie oben geschildert wurden, in einer Dirnenpension lebenden Prostituierten völlig selbständig sind und in keiner Weise zu ihrer Tätigkeit angehalten werden, so erscheint dieses Argument weltfremd.

Die Dirnen sind faktisch zur Wohnungnahme in derartigen Wohnungen gezwungen - wo sonst sollten sie ihr Gewerbe ausüben können - und damit auch zur Zahlung des Mietzinses einschließlich "Unbequemlichkeitszuschlag". Wo aber sollen sie dieses Geld hernehmen, wenn nicht durch Betätigung in ihrem Gewerbe, das historisch durchaus nicht unbegründet "das älteste der Welt" genannt wird?[4)]. Einer aus-

---

1) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2.Wahlperiode 1953, Stenografische Berichte, Bd. 19, 951 ff. (951)
2) Schönke-Schröder, § 180, 22; LG Mainz, NJW 1956, 1571; vgl. auch RGSt 62, 339 ff.(339); 64, 110 ff.(112)
3) BGH NJW 1970, 1180
4) Vgl. zur Geschichte der Prostitution die Erläuterungen in Der Große Brockhaus, Bd.9 S.423 f.- "Prostitution". Zur Prostitution etwa in der römischen Zeit s. Paulys Real-Encycl., Bd. XV, 1, S. 1018 ff.- "meretrix" (Schneider); s. auch Bohne, a.a.O., S. 445

drücklichen Aufforderung durch den Pensionsinhaber bedarf es da nicht mehr.[1] Das gesunde Volksempfinden beweist für diese Sachverhalte ein feineres Gespür, indem es allein auf die Tatsache des Zusammenwohnens abstellt und bezeichnenderweise derartige Dirnenpensionen unterschiedslos als Bordelle wertet.[2]

d) Als Fazit dieses kurzen Überblicks über die strafrechtliche Behandlung des Bordellbetriebes läßt sich zwar festhalten, daß gemäß § 180 Abs. 2 StGB die Unterhaltung eines Bordells oder eines bordellartigen Betriebes als Kuppelei verfolgt wird. Durch die weite Auslegung aber, die die Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichtshofs der gemäß § 180 Abs. 3 StGB straffreien bloßen Wohnungsgewährung an Prostituierte hat angedeihen lassen[3], werden Sachverhalte von der Bestrafung ausgenommen, die man gemeinhin unter den Begriff "Bordell" einordnet.

Die Argumente, die zu dieser Entwicklung geführt haben, erscheinen erwägenswert und vernünftig. Man will die Prostituierten nicht auf die Straße und

---

1) vgl. etwa Petters - Preisendanz, StGB, § 180, 8, 2b, wonach ein Anhalten vor allem dann in Betracht kommt, wenn der Vermieter die Dirne zu fleißigerer Tätigkeit anspornt, damit sie die Miete zahlen kann. Wir meinen, daß es einer ausdrücklichen Anspornung nicht bedarf, um von einem Anhalten sprechen zu können.
Vgl. auch Maurach, JZ 1957, 636: "Die persönliche Ausbeutung liegt in dem erhöhten Anreiz oder vermehrten Zwang, durch Aktivierung der sexuellen Betätigung einen Ausgleich für die überhöhten Leistungen zu erreichen, welche der Kuppler für die Zurverfügungsstellung der Wohnung verlangt."

2) Darauf weist LG Mainz, NJW 1956, 1571, mit Recht hin.

3) Vom "Tauwetter" in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Kuppelei spricht Rutkowsky, NJW 1964, 2023; krit. zur weiten Auslegung des BGH Maurach, BT, S. 461; vgl. auch Welzel, § 64 IV 1 a (S. 443)

nicht "in Schlupfwinkel" drängen[1], in der Erkenntnis, daß man sie nicht aus der Welt schaffen kann[2], man will das "unzüchtige Treiben von der Straße und aus der Öffentlichkeit wegschaffen."[3] Um dieses Ergebnis zu erreichen, ist man jedoch zu einer recht gewaltsamen Subsumierung der entsprechenden Sachverhalte unter den noch geltenden Gesetzeswortlaut gezwungen.

Zu hoffen ist, daß die anstehende Reform des Sexualstrafrechts auch hier eine Klarstellung bringt[4]. Diese Reform soll "der nicht mehr in unsere Zeit passenden Anschauung den Abschied geben, der Staat habe mit Kriminalpolitik und Strafrecht für die Moral auf Erden zu sorgen. Dies ist nicht seine Aufgabe; der Strafrichter hat kein Sittenrichter zu sein. Der mündige Bürger in der Demokratie, den unser Grundgesetz voraussetzt, soll und muß gerade in seinem intimsten Bereich in eigener Verantwortung entscheiden können, nach welchen Sitten und Grundsätzen er leben will."[5]
Solche begrüßenswerten Zielvorstellungen unterstreichen nachhaltig die in der Rechtsprechung zum Ausdruck gekommenen Tendenzen zur Bestrafung des Bordellinhabers nur unter dem Aspekt der Vermeidung einer insbesondere wirtschaftlichen Abhängigkeit und Ausbeutung der Prostituierten.[6]

---

1) s.o.S. 208
2) s.o.S. 208
3) s.o.S. 210
4) Einen Überblick über den derzeitigen Stand gibt Zundel, ZRP 1970, 207 f.
5) Parlament.Staatssekr.Bayerl, zit. bei Zundel, a.a.O., S.207
6) vgl. Bayerl in Der Spiegel, Nr.35, 1970, S.34 - "Wir meinen nur, daß man mit dem Bordell-Paragraphen 180 a die Dirne aus einer wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit heraushalten muß. Das ist der Sinn - der Arbeitsschutzgedanke, wenn Sie so wollen."

3. Die Behandlung des Bordellbetriebes im öffentlichen Recht

Das Wort von "den amtlichen Kupplern" und der "doppelten Moral"[1] charakterisiert auch die Zustände auf dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung.

a) Es ist ein offenes Geheimnis, daß insbesondere in größeren Städten "Dirnenpensionen" nicht nur geduldet, sondern durchaus auch gefördert werden[2]. Die Gründe hierfür erscheinen erwägenswert. In der Einsicht, daß man nun einmal mit den Dirnen leben muß, hält man die öffentliche Tolerierung für zweckmäßiger, "weil die in den Bordellen zusammengefaßten Kontrolldirnen geringere Gefahren mit sich bringen, als die nicht so leicht zu überwachenden Strichdirnen."[3]

Nichtsdestoweniger findet die herrschende Auffassung: "Der Betrieb eines Bordelles verstößt sowohl unter strafrechtlichen Gesichtspunkten wie auch unter allgemeinen polizeilichen Gesichtspunkten (Art. 6 GG, besonderer Schutz der staatlichen Ordnung für Ehe und Familie) gegen die öffentliche Ordnung im Sinne des § 14 PVG"[4][5].
Wie läßt sich das mit den genannten Tätigkeiten der Behörde vereinbaren, wie mit polizeilich angeordneten Dirnenstraßen? Es läßt sich vereinbaren, denn: "Ob die Behörde gegen ein Bordell einschreiten will, liegt nach dem das Polizeirecht beherr-

---

1) Lüders, a.a.O., S.951, 952, s.o.S. 211 f.
2) vgl. etwa die Angaben der Abgeordneten Lüders, a.a.O., oder die in den oben zit. BGH-Urteilen mitgeteilten Sachverhalte, wo etwa die Rede davon ist, daß auf Grund polizeilicher Anweisungen Zimmer nur an Prostituierte vermietet werden dürfen.
3) OVG Münster, NJW 1954, 1664
4) polizeiliche Generalklausel
5) OVG Münster, a.a.O.; Drews-Wacke, § 6, 6

schenden Grundsatz des Opportunitätsprinzips.... in ihrem pflichtgemäßen Ermessen". "Die Behörde kann Maßnahmen gegen ein Bordell auch dann ergreifen, wenn sie eine solche Einrichtung jahrzehntelang stillschweigend geduldet hat."[1)]

Das ist in der Tat ein eigenartiger Beitrag zur Rechtsordnung[2)]. Man duldet und fördert "jahrzehntelang" einen Zustand, der nach dem noch geltenden Strafrecht mit Freiheitsstrafen von einem Monat bis zu fünf Jahren bedroht ist, § 180 Abs. 1 StGB. Das Opportunitätsprinzip, dessen grundsätzliche Geltung im Polizeirecht nicht bestritten werden soll, wird hier arg strapaziert.[3)]

b) Auch auf einem anderen Gebiet nimmt die öffentliche Verwaltung einen durchaus realistischen Standpunkt ein. Die Einkommen, aus "Dirnenpensionen", also die dem verpönten Gewerbe entstammenden Gelder, unterliegen ebenso der Besteuerung wie[4)] nach der neueren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs auch die Einkünfte aus "gewerbsmäßiger Unzucht" selbst.[5)] Sie sind danach als "Leistungen" im Sinne der §§ 22, 23 EStG anzusehen, wobei der Bundesfinanzhof darauf verweist, daß dieser Begriff weit zu fassen sei und jedes Tun, Unterlassen, Dulden umfasse, das Gegenstand eines entgeltlichen Vertrages sein könne.

---

1) OVG Münster, NJW 1954, 1664, zustimmend Drews-Wacke, PolR, § 6,6 - krit. Becker, FamRZ 1956, 10
2) Maurach, BT § 50 VI A 2 a (S. 460)
3) vgl. auch Becker, FamRZ 1956, 8 ff. (10)
4) Kohlhaas, JR 1954, 98
5) BFinH, GrS, NJW 1965, 79; Littmann, Einkommensteuerr. §§ 22/23 EStG, Nr. 65 - Einer gewissen Pikanterie entbehrt nicht, daß neben Einkommensteuer und der Abgabe "Notopfer Berlin" auch Kirchensteuer festgesetzt wurde(!).
Krit. zu der Entsch. des BFH FinG Bremen, EFG 1968, 357 ff. und Littmann, a.a.O.

Kohlhaas[1] verwies bereits vor dieser Entscheidung anläßlich des Problems der Bordellbesteuerung auf Kaiser Vespasian, der zu der von ihm verhobenen Abtrittsteuer gesagt haben soll: non olet. Die Besteuerung auch der Dirneneinkommen - sie bestand schon in weitem Bereich in der Antike - bestätigt diesen Satz.

4. Sittenwidrigkeit des Bordellkaufs

Vor diesem Hintergrund hat die zivilrechtliche Beurteilung der Frage der Sittenwidrigkeit von Geschäften zu erfolgen, die im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Bordells erfolgt sind[2].

a) Wie auch immer man den Begriff der guten Sitten umreißt, ob als das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden[3], ob als "diejenigen moralischen Grundsätze, welche im Volk tatsächlich anerkannt sind"[4], ob als die "Mindestforderungen, die die heute geübte Rechtsmoral des deutschen Volkes für das Handeln der Rechtsgenossen aufstellt"[5], oder ob man ihn beschränkt auf die "vom Richter auf dem Gebiete des Geschlechts- und Familienlebens zu beachtenden Moralgebote"[6], - die Aufgabe, eine Abgrenzung in dem Gebiet von "Recht, Sittlichkeit und Moral"[7] vorzunehmen, ist sehr schwer.

---

1) JR 1954, 98
2) und damit auch die Frage der Anwendung des § 817 S. 2
3) so vor allem die Rechtsprechung, vgl. RGZ 80, 219 ff. (221); 120, 144 ff. (148); 150, 1 ff.(5); BGHZ 10, 228 ff. (232)
4) Staudinger-Coing, § 138, 3
5) Enneccerus-Nipperdey, § 191 I vor 1
6) Simitis, Gute Sitten und ordre public, zusammenfassend S. 195 ff. (197) - neben dem so verstandenen Begriff der guten Sitten stellt Simitis den Begriff des "ordre public" zur Diskussion - vgl. dazu etwa Larenz, AT, § 28, III, a; Flume, AT, § 18, 1 (Anm. 9)
7) Pawlowski, ARSP 1964, 503 ff.

Angesichts der aufgezeigten Zwiespältigkeiten bei der Behandlung des Bordellproblems in strafrechtlicher wie in verwaltungsrechtlicher Sicht, angesichts der Geschichte, die uns Erscheinungen wie Bordelle und Prostitution aus allen Zeiten und Ländern überliefert, angesichts einer auch heute nicht zu leugnenden verbreiteten und florierenden Prostitution, halten wir es für heuchlerisch, Ausdruck einer puritanischen Selbstgefälligkeit[1], die Frage nach der Sittenwidrigkeit aller mit einem Bordellbetrieb zusammenhängenden Rechtsgeschäfte vorbehaltlos zu bejahen[2].
Es kann vor diesem Hintergrund nicht anerkannt werden, daß der Verkauf oder die Verpachtung eines Bordelles nur auf Grund des Zusammenhangs mit dem Bordellbetrieb gegen Mindestforderungen der heute geübten Rechtsmoral[3], gröblich gegen den moralischen Standard der Rechtsgemeinschaft[4], gegen diejenigen moralischen Grundsätze, welche im Volk tatsächlich anerkannt sind[5], verstößt.

Wer dies nicht wahrhaben will, verkennt, daß die Funktion des Begriffs der guten Sitten im geltenden Recht nicht darin besteht, ein bestimmtes Verhalten zu e r z w i n g e n . Sie ist vielmehr negativ, indem sie Rechtsgeschäfte a b w e h r t , die ein "böses äußeres Verhalten" fördern[6]. Die

---

1) Kohlhaas, JR 1954, 97
2) Um noch einmal Frau Lüders zu zitieren: man kann hier allenfalls von einer herrschenden "doppelten Moral" sprechen, s.o.S. 211 f.
3) Enneccerus-Nipperdey, § 191, I vor 1
4) Larenz, AT, § 28, III, a
5) Staudinger-Coing, § 138, 3
6) Enneccerus-Nipperdey, § 31, I, 4 b; vgl. auch Larenz, a.a.O.und die Ausführungen Pawlowskis, ARSP 1964, 506, der im Zusammenhang mit den "im prägnanten Sinne unsittlichen Geschäften" wie dem Bordellkauf und dem Dirnenvertrag doch anerkennt,daß das Recht diese Verträge in gewisser Weise toleriert, obwohl eine rein moralische Wertung zu einer unbedingten Ablehnung dieser Verträge führen müßte.

vergröberte Fragestellung lautet also nicht:

Ist es w ü n s c h e n s w e r t [1], Bordelle und den mit ihnen zusammenhängenden Lebenskreis gänzlich abzuschaffen und daher jeglichen Rechtsgeschäften, die im Zusammenhang mit ihnen getätigt werden, allein schon auf Grund dieses Zusammenhangs die Wirksamkeit abzusprechen?
sondern:

Verstoßen Geschäfte, die im Zusammenhang mit einem Bordellbetrieb geschlossen werden, schon auf Grund dieser Tatsache in einem derartigen Maß gegen Mindestforderungen der "Moral", daß sie als eine Gefahr für die Rechtsordnung unterbunden werden müssen?

Angesichts der oben skizzierten soziologischen Wirklichkeit, glauben wir, diese Frage zumindest für die im Bereich des § 817 S. 2 so problematischen Bordellkäufe und -verpachtungen verneinen zu müssen.

b) Die Kriterien, die auch ein Geschäft im Zusammenhang mit einem Bordellbetrieb zu einem sittenwidrigen machen, müssen an anderer Stelle als der bloßen moralischen Verwerflichkeit des Gegenstandes einsetzen.
Einen wichtigen Hinweis kann hier das Strafrecht geben[2]. Wie dargelegt, läßt sich dort ein Wandel von der Bestrafung der hier interessierenden Wohnungskuppelei wegen ihrer bloßen Immoralität zur Ahndung aus vermögensrechtlichen Gesichtspunkten verzeichnen[3]. Die wirtschaftliche Ausbeutung der

---

1) von welchem moralischen Ausgangspunkt auch immer
2) Das entspricht auch dem Vorschlag von Simitis, a.a.O., 197, sich bei der für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit erheblichen Moralgebote in erster Linie an der bestehenden Rechtsordnung zu orientieren, z.B. an den §§ 173 ff. StGB !
3) s.o.S. 210

Dirne soll verhindert werden. Der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren aber gehört zu den Grundsätzen, die auch im Rahmen des § 138 allgemeine Anerkennung finden[1]. Er läßt sich direkt auf die dem § 138 letztlich zugrundeliegende Leitidee zurückführen:

"Es geht um nichts anderes, als um die Verhütung eines Mißbrauchs der Privatautonomie, sei es im Verhältnis der Vertragspartner zueinander, sei es in ihrem Verhältnis zu Dritten, keinesfalls um die Sittlichkeit als solche"[2][3].

Das Argument des Schutzes des wirtschaftlich Schwächeren aber kommt im Hinblick auf Miet-, Pacht-, Kaufverträge über Bordelle kaum zum Tragen. Es dürfte eine viel größere Rolle spielen bei den "Verträgen" der Dirne mit dem Bordellinhaber[4]. Hier liegt der Ansatzpunkt für ein Eingreifen der Rechtsordnung zur Verhütung von Mißständen.

In diese Richtung weist auch die oben zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus jüngster Zeit zum Mietvertrag der Dirne[5]. Es wird dort unter anderem angeführt, daß die in Frage stehenden Mietverträge nicht gegen die guten Sitten verstoßen, "soweit nicht etwa durch die Höhe des Mietpreises oder durch besondere Vereinbarungen die Person, der die Wohnung gewährt ist, ausgebeutet wird oder

---

1) statt aller Staudinger-Coing, § 138, 7a
2) Larenz, AT, § 28 III a S. 432
3) in ähnlicher Weise Staudinger-Coing, § 138, 3 - "Die rechtliche Gestaltungsfreiheit, welche die Privatautonomie den Parteien verleiht, kann nur im Rahmen der in der Rechtsgemeinschaft im ganzen anerkannten Sittenordnung wirksam werden."
4) oder des Inhabers der "Dirnenpension", da nach offizieller Diktion "Bordell" immer noch einen strafbaren Tatbestand einschließt.
5) BGH NJW 1970, 1180, s.o.S. 207

ein Anwerben oder Anhalten der Person zur Unzucht damit verbunden ist." Als maßgeblich in diesem Zusammenhang wird angesehen, "daß bei einer Rechtswirksamkeit der zwischen den Hauseigentümern bzw. Mietern und den Dirnen abgeschlossenen Mietverträgen nicht die Unzucht gefördert wird, vielmehr eher Mißstände vermieden werden."[1)]

5. Zusammenfassend läßt sich daher zu dem im Rahmen des § 817 S. 2 so umstrittenen Bordellkauf folgendes sagen:
Wer der Auffassung ist, daß der Kaufvertrag über ein Bordellgeschäft in einem derartigen Maß gegen die moralischen Mindestgebote verstößt, daß eine rechtliche Anerkennung auf keinen Fall stattfinden kann, der sollte vor der uneingeschränkten Anwendung des § 817 S. 2 keine Bedenken haben[2)].

Das Geschäft zwar für sittenwidrig zu erklären, § 817 S. 2 dann aber auszuschalten, heißt,die Diskussion am falschen Ort austragen. Der Ansatzpunkt liegt in der Frage der Sittenwidrigkeit. Hier sprechen allerdings gute Gründe dafür, den Bordellkauf als nicht gegen die guten Sitten verstoßend zu verstehen.
Die Spannungen, die § 817 S. 2 im Bereich des Bordellkaufs hervorgerufen hat, sind also nicht Folgen einer verfehlten Fassung der Norm oder ihrer Existenz überhaupt, sondern Folgen der Unsicherheit der Bewertung dieses Sachverhalts unter dem

---

1) BGH NJW 1970, 1180 - Der BGH stellt ausdrücklich fest, daß es sich um kein Bordell handele. Der mitgeteilte Sachverhalt entspricht aber durchaus den oben wiedergegebenen Sachverhalten, die Gegenstand strafrechtlicher Beurteilung waren. Die insoweit geäußerte Kritik gilt auch hier.
2) vgl. etwa Staudinger-Seufert, § 817, 16

Stichwort: Verstoß gegen die guten Sitten[1]. An dieser Unsicherheit leidet die Auslegung und Anwendung des § 817 S. 2.

6. Hingewiesen werden muß in diesem Zusammenhang darauf, daß auch das Problem des Vertrages des Freiers mit der Dirne neu durchdacht werden sollte. Diese Frage hat zwar in der Diskussion um § 817 S. 2 bei weitem nicht die Resonanz wie die Bordellkäufe gefunden, ist aber doch mit ihr verbunden.

Es ist auf diesem Gebiet eine ähnliche Schizophrenie zu beobachten, wie sie im Zusammenhang mit den Bordellgeschäften dargelegt wurde. Jede größere Stadt hat "ihre Prostituierten", die öffentlich ihrem Gewerbe nachgehen, zum großen Teil unter staatlicher Kontrolle[2]. Das Finanzamt veranlagt sie zur Einkommenssteuer, indem es die Leistung der Dirne, die geschlechtliche Hingabe, als Leistung i.S.d. § 23 Nr.3 EStG ansieht. Unter solche Leistungen ist, wie wir hörten[3], jedes Tun, Unterlassen, Dulden zu rechnen, das Gegenstand eines entgeltlichen Vertrages (!) sein kann.

Peinlich wirkt es da, wenn die wohl als herrschend zu bezeichnende Auffassung im Strafrecht immer noch

---

1) zu Recht vermerkt Larenz, JurJB, Bd.7, 108: "Heute kann man gewiß daran zweifeln, ob es auf dem Gebiete der geschlechtlichen Beziehungen noch allgemein anerkannte moralische Maßstäbe gibt, da die Ansichten hierüber in den verschiedenen Bevölkerungskreisen jedenfalls sehr weit auseinandergehen."

2) vgl.die Sachverhalte der oben mitgeteilten strafrechtlichen Urteile, vgl.auch BGH NJW 1970, 1179 f.
Um einige Zahlen zu nennen - repräsentative Untersuchungen fehlen: nach einem auf polizeilichen Ermittlungen beruhenden Bericht in Die Zeit, Nr.27, 1970, S.44 hatte Hamburg 1968 1857 Prostituierte(wohl behördlich bekannte), 1969 2100; Berlin etwa die doppelte Anzahl; Frankfurt 1968 1250, die Gesamttendenz steigt.

3) s.o.S. 216 f.

davon ausgeht, daß die Dirne keine v e r m ö - g e n s w e r t e Leistung erbringt und dementsprechend auch keinen Schaden erleidet, wenn der Freier sie unter Vorspiegelung seiner Zahlungswilligkeit zum Geschlechtsverkehr verleitet. Umgekehrt muß aber die nicht erfüllungsbereite Dirne unter Umständen mit einer Bestrafung wegen Betruges rechnen, wenn sie das Geld des Freiers ohne Gegenleistung, also ohne die körperliche Hingabe behält[1].

Mit Recht stellt Kohlhaas fest[2], daß "es letzten Endes zwar ein ethisch großer, aber vermögensrechtlich nicht vorhandener Unterschied ist, ob man sich in einer Revue zur Schau stellt oder gegen Geld einen Boxkampf vorführt oder den Körper anderweit preisgibt."[3] Diese Gedankengänge sollten in die zivilrechtliche Beurteilung des Dirnenvertrages Eingang finden.

Liegt es wirklich außerhalb jeden Vorstellungsvermögens, von einem zivilrechtlich gültigen Vertrag zwischen Freier und Dirne auszugehen mit möglicherweise gegenseitigen Rechten und Pflichten? Zu denken wäre etwa an einen Vertrag, aus dem dem Freier zwar kein Erfüllungsanspruch zusteht[4], der aber

---

1) vgl. Schönke-Schröder, § 263, 68 a u.104; BGHSt 4, 373; OLG Hamburg, NJW 1966, 1525 f. m. Anm. Schröder, JR 1966, 471;
krit. Kohlhaas, JR 1954,97 f.; Cramer, JuS 1966, 472 ff.(477), der für Freier und Dirne den strafrechtlichen Schutz versagen will.

2) JR 1954, 97

3) vgl. auch Cramer, JuS 1966,473 - "Denn daß die Prostitution nur des Gelderwerbs wegen betrieben, die Dienstleistung einer Dirne nur gegen bare Münze erbracht und von jedem Interessenten nur gegen Bezahlung erwartet wird, steht außer jeder Diskussion."
Hinweisen kann man in diesem Zusammenhang wohl auch auf Erscheinungen im modernen Berufssport, Spielerkauf etc.

4) und damit auch kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

dennoch gültig bleibt, der Dirne also bei vertragsmäßig erbrachter Leistung einen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt gibt[1].

Eine derartige "Legalisierung" auch auf dem Gebiete des Zivilrechts würde keine unerträglichen Mißstände hervorrufen, sondern ihnen eher entgegentreten. Betrügereien, Erpressungen, Zuhälterunwesen gründen sich zumindest auch auf die völlige Rechtlosigkeit, in der die Prostituierten gehalten werden[2]. Auch dieses Argument schwingt letztlich im Dirnenmietfall des Bundesgerichtshofs mit, wenn dort ausgeführt wird[3]: "Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang, daß bei einer Rechtswirksamkeit der zwischen den Hauseigentümern bzw. Mietern und den Dirnen abgeschlossenen Mietverträge nicht die Unzucht gefördert wird, vielmehr eher Mißstände vermieden werden."

Zu begrüßen ist es daher nur, wenn das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung aus jüngster Zeit[4] einer bei einem Verkehrsunfall verletzten Dirne neben dem Ersatzanspruch wegen Körperverletzung etc. auch einen Anspruch auf Ersatz des durch den Unfall erlittenen Verdienstausfalls zugesteht. Das Gericht geht zwar vorsichtig von der Sittenwidrigkeit des Dirnenvertrages aus, erkennt aber an, daß "die Erwerbstätigkeit der Klägerin, aus der sie ihren Unterhalt bestreitet, vom Gesetzgeber geduldet

---

1) Diese Konstruktion zieht etwa der BGH, BGHZ 46, 24 ff.(29), unter Berufung auf Flume, AT, § 17, 4(347), in Erwägung für einen mit einem Betriebs- u. Wirtschaftsberater geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag, der einen einseitigen Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG beinhaltete; s.o.S.169 A.2

2) Die weit über den rechtlichen Bereich hinausgehende Vielschichtigkeit des Problems soll dabei nicht verkannt werden.

3) BGH NJW 1970, 1180

4) NJW 1970, 1852

(wird)", und die Prostituierte, "ohne mit dem Gesetz in Konflikt zu geraten, rechtmäßig ein Einkommen erzielen (kann)."

Diese Gedankengänge müßten Auswirkungen haben zum einen auf die strafrechtliche Problematik etwa des Dirnenbetrugs. Trotz aller grundsätzlichen Unterschiede zwischen Zivil- und Strafrecht wäre es nicht zu verstehen, wenn dem Dirnenlohn zwar ein zivilrechtlicher Schutz gewährt würde, strafrechtlich er jedoch immer noch als nicht vermögenswerte Leistung angesehen würde. Sie sollten zum anderen zusätzlich ein Anlaß dafür sein, das Problem der Sittenwidrigkeit des Dirnenvertrages im oben dargelegten Sinn weiter zu überdenken.

VI. Einziehung des aus verbots- oder sittenwidriger Leistung stammenden Vermögenszuwachses durch den Staat?

1. a) Hat keine der Parteien ihre Leistung erbracht, ist für ein Eingreifen des Bereicherungsrechts kein Anlaß gegeben.
Haben beide Parteien verabredungsgemäß ihre verbotenen oder sittenwidrigen Leistungen vollzogen, so greift § 817 S. 2 mit der Folge ein, daß keine der Leistungen zurückverlangt werden kann. Damit findet das Rechtsgeschäft seine Erledigung, wie es den Abreden der Parteien entsprach.
Dieses Ergebnis wird denn auch überwiegend als zufriedenstellend und gerechtfertigt hingenommen.
§ 817 S. 2 wird dabei selbst von seinen Kritikern zum Teil als notwendig begrüßt, um das unerwünschte Ergebnis eines langwährenden Reurechts auszuschließen[1].
Anlaß zu immer wiederkehrender Kritik hingegen gab

---

1) vgl. etwa Bufe, a.a.O., 216 f., 257

und gibt der Fall der einseitigen Vorleistung einer Partei. Es wird als höchst ungerecht und unbefriedigend angesehen, daß der Vorleistende wegen Nichtigkeit des Geschäftes weder die Gegenleistung erlangen, noch wegen § 817 S. 2 seine Leistung zurückverlangen kann. Der Empfänger, der in gleicher Weise gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat, kommt auf Kosten des Leistenden zu einem Gewinn.[1] Wir erinnern uns in diesem Zusammenhang an den Versuch Bufes, unter Zurückverweisung auf die römischen Quellen die Fälle einseitiger Vorleistung gänzlich von der Anwendung des § 817 S. 2 auszunehmen[2], eine Einschränkung, von der manche glauben, daß sie viel für sich habe[3].

In der Tat will es zunächst nur wenig befriedigen, wenn aus dem sitten- beziehungsweise gesetzwidrigen Geschäft eine der Parteien mit einem Gewinn hervorgeht, den sie bei einem rechtsgültigen Geschäft niemals erlangt hätte. Es darf jedoch nicht der dem § 817 S. 2 zugrundeliegende Gedanke außer acht gelassen werden, der auch in §§ 814, 815 zum Ausdruck gekommen ist: Die Leistung wurde zu einem verbotenen Zweck erbracht,und dem Leistenden war dies bewußt. Nichterreichung dieses Zweckes ist für einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch nicht maßgebend.[4]
Daher ist die Anwendung des § 817 S. 2 durchaus berechtigt auch bei Vorleistung einer Partei[5].

---

1) Heck, a.a.O., 4, 5; Leonhard, Bes.Schuldr., 500, nennt es eine ungeheure Fehlentscheidung, daß der Bordellkäufer in gewissen Fällen das Haus ohne Entgelt behalten kann, vgl. auch 505; Bufe, a.a.O., 216 f.; BGHZ 41, 341 ff. (349)
2) Bufe, a.a.O., 215 ff.; s.o.S. 186 ff.
3) Enneccerus-Lehmann, § 226, 4; oben S. 187
4) s.o.S. 56 ff.
5) Auf die unerwünschten Nebenwirkungen der Zulassung der Rückforderung bei Vorleistung wurde hingewiesen, s.o.S. 79 f., 193 f.

b) Als Ausweg aus jenem Zwiespalt mag sich der folgende Gedanke anbieten: Da die vorleistende Partei keinen Anspruch auf Rückgewähr des Geleisteten hat, der Empfänger jedoch keinen Gewinn aus seinem verbotenen Tun ziehen soll, müßte ein Dritter eingreifen und den in Frage stehenden Vermögensvorteil an sich ziehen.
Von hier sind die Erinnerungen zu verstehen an "den guten alten Rechtssatz", "daß in pari turpitudine der S t a a t den Unwürdigen abnimmt, was sie beide nicht wert sind."[1)]
Also eine Einziehung von Staats wegen im Rahmen des Bereicherungsrechts?

c) Der Rechtssatz hat in der Tat Tradition:
Schon im IV. Teil, 13. Kap., § 8 des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis aus dem Jahre 1756 lesen wir:

"Ist die Ursache, wegen welcher man etwas gibt, schändlich und unehrbar, so ist zu unterscheiden, ob sie
1.) auf beiden, oder 2.) nur auf des Gebers, oder
3.) des Empfängers Seite allein also beschaffen sei.

Ad 1. kann zwar der Geber das Gegebene, z.B. bezahlten Huren-Lohn[2)], nicht wiederum zurückbegehren, hingegen aber auch der Empfänger solches nicht behaupten, sondern es fällt vielmehr dem F i s k u s heim."
Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten aus dem Jahre 1794 bestimmte im I. Teil, 16. Tit., § 205: "Was zu einem unerlaubten Zwecke gegeben worden, kann nur der Fiskus zurückfordern". § 206: "Ein Gleiches gilt von dem, was zu einem wider die Ehrbarkeit laufenden Zwecke gegeben wor-

---

1) Krückmann, ArchBürgR 40, 41 ff. (46)
2) Erstaunlich, daß trotz der Meretrixglosse hier von turpitudo utriusque ausgegangen wird, s.o. S. 88 f.

den, sobald dieser Zweck und das verwerfliche desselben auch dem Empfänger bekannt war". Man war sich zwar bewußt, daß diese Regelung aus dem "römischen Recht unerweislich" war, betrachtete die Konfiskation aber als dem "Gemeinen Recht" zugehörend[1].

d) In den späteren Gesetzen oder Entwürfen findet man die Koppelung des Ausschlusses des Bereicherungsanspruchs mit der staatlichen Konfiskation nicht mehr[2].
Auch in das Bürgerliche Gesetzbuch wurde sie nicht übernommen, sicherlich zu Recht; denn das Bereicherungsrecht regelt wie das Privatrecht überhaupt den Interessenausgleich zwischen Privatpersonen. In diesem Bereich hat eine staatliche Eingriffsmöglichkeit, durch die eine zusätzliche Beziehung zwischen

---

1) vgl. Koch, Das Recht der Forderungen, Bd. III, § 265, S. 396 u. Koch, Landrecht, Bd. II, A. 61 zu I, 16, § 205;
vgl. weiter Geiger-Glück, Merkwürdige Fälle, wo in Bd. II, XXXII, S. 242 ff. folgender Sachverhalt überliefert ist:
Ein Betrüger versprach mit Hilfe eines Erdmännleins Geld, das ihm überlassen werden mußte, zu vervielfältigen.
Leitsatz: "Das zu unerlaubten und abergläubischen Handlungen hergegebene Geld kann nicht zurückgefordert werden, sondern ist dem Fiskus verfallen, wenn der Betrüger solches zu erstatten im Stande ist."
In der Begründung wird darauf verwiesen, daß in Fällen, "wo der Endzweck des Gebenden und Nehmenden gleich unerlaubt ist", das Geld "ohne Zweifel" dem Fiskus verfallen ist. "Auf einen solchen Empfänger ist der Schluß von einem indigno anwendbar, dem der Fiskus den schädlichen Gewinn entzieht", wobei auch auf die Behandlung der bona scelere acquisita hingedeutet wird. Interessanterweise soll das Einziehungsrecht des Fiskus dann entfallen, wenn "ein Dritter Unschuldiger darunter leiden würde"; vgl. auch Glück, Pandekten, Bd. XIII,12. Buch, 5. Tit. (S. 59/60).

2) vgl. etwa das BGB für das Königsreich Sachsen v. 2.1.1863, §§ 1540 ff.

dem Staat und den Privatpersonen geknüpft wird, keinen Raum.
Die Einziehung geschieht nicht um des Schutzes privater Interessen willen, sondern wegen des staatlichen Interesses an der Respektierung seiner Gesetze. Im Rahmen dieser Gesetze hat der Staat Sanktionen zu treffen, die die Wirksamkeit und Achtung der Bestimmungen garantieren.
Nur insoweit kann der Gedanke akzeptiert werden, als ideale Lösung den "guten alten Rechtssatz" wiedereinzuführen, "daß in pari turpitudine der Staat den Unwürdigen abnimmt, was sie beide nicht wert sind."[1)]
Heute glücklicherweise überholt ist die These, daß bei zeitgemäßer (1936!) Auslegung bereits de lege lata sich ein Verfall des Geleisteten an den Staat vertreten lasse[2)]. Es ist offensichtlich, daß dieser Vorschlag nur aus dem damaligen Zeitgeist heraus zu verstehen ist.
Wenn der Gedanke einer Einziehung also überhaupt in Erwägung gezogen werden kann, dann nicht im Zusammenhang mit dem Bereicherungsrecht, sondern nur in Verbindung mit den staatlichen Verboten, die durch die Einziehung v o n S t a a t s w e g e n, also ö f f e n t l i c h r e c h t l i c h, geschützt werden sollen und deren Verletzung z i v i l r e c h t l i c h die Anwendung des § 817 S. 2 zur Folge hat.

2. Ein kurzer Ausblick auf derartige Einziehungsmöglichkeiten, die sich als staatliche Sanktionen bei Verletzung staatlicher Autorität darstellen, erscheint dennoch nützlich. Der Vorwurf gegen die ungerechten Auswirkungen des § 817 S. 2 gerade bei

---

1) Krückmann, ArchBürgR 40, 46; vgl. auch RGZ 151, 74; s.o.S. 99
2) Leske, DJZ 1936, 1158 ff. (1159); DR 1938, 240 ff. (242)

c) Ordnungswidrigkeitenrecht

Ähnlich wie für die Bemessung der Geldstrafe nach dem StGB soll auch für die Bemessung der Geldbuße nach dem OWiG [1] der wirtschaftliche Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, den entscheidenden Ausschlag geben. Sie soll den Gewinn des Täters übersteigen, § 13 Abs.4 OWiG.

Soweit also ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten gleichzeitig eine Ordnungswidrigkeit darstellt, werden die Bedenken gegen die Regelung des § 817 S. 2 wegen einer ungerechtfertigten Begünstigung der nichtleistenden Partei entkräftet.

d) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Erwähnt werden soll weiter § 12 UWG[2].
Er sieht, ähnlich wie § 335 StGB für die Beamtenbestechung, für den Fall der Bestechung von Angestellten neben Freiheits- und Geldstrafe vor, daß das Empfangene oder sein Wert dem Staat verfällt, § 12 Abs. 3 UWG[3].

---

1) Gesetz über Ordnungswidrigkeiten v. 24.5.1968 (BGBl I S. 481)
2) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, vom 7.6. 1909, RGBl. 499
3) An diese Vorschrift knüpft sich ein lebhafter Streit um die Frage des Verhältnisses zwischen den Ansprüchen des Arbeitgebers auf Herausgabe des Erlangten und dem Verfallsanspruch des Staates, vgl. dazu etwa Baumbach-Hefermehl, § 12 UWG, 19 ff. (21), der eine mögliche D o p p e l l e i s t u n g des Bestochenen als gerechte Folge seiner Straftat ansieht; A. 22: "Das Schmieren ist eine Pest; unerbittlichste Bestrafung, die das Schmieren zum schlechten Geschäft stempelt, kann allein helfen.";
vgl. weiter zu diesem Problem Krause-Dünow, JR 1960, 5 ff. (7/8); Isele, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 687 BGB (Bl. 1005) u. Anm. zu BGH AP Nr.2 zu § 687 BGB, Bl. 862/863

e) Schließlich soll noch auf die Bestimmungen des ehemaligen Devisengesetzes (MRG 53)[1] hingewiesen werden.
Art. VIII MRG 53 sah bei Devisenverstößen neben Freiheitsstrafe Geldstrafen bis zu DM 25.000,-- oder dem dreifachen Wert der den Gegenstand der strafbaren Handlung bildenden Vermögenswerte vor. Weiter konnte gemäß Art. VIII Abs. 1, S. 2 die Einziehung der Vermögenswerte angeordnet werden, die den Gegenstand der strafbaren Handlung bildeten.

Auch hier konnte also nicht die Rede davon sein, daß infolge der Regelung des § 817 S. 2 der Empfänger ungerechtfertigten Gewinn aus verbotenen Geschäften zog.

3. Dieser kurze Überblick zeigt, daß in einer Vielzahl der Verstoßfälle, die zivilrechtlich zur Anwendung des § 817 S. 2 führen, parallel zur zivilrechtlichen Norm die im weiteren Sinne strafrechtliche Sanktion - oder auch allgemein öffentlichrechtliche Sanktion - läuft. Das erscheint für unsere Betrachtung in zweierlei Weise bemerkenswert.

a) Einmal zeigt es sich, daß der Ruf nach einer allgemeinen Einziehungsvorschrift nahezu gegenstandslos ist. In fast allen interessierenden Fällen ist die Möglichkeit einer Einziehung auch nach dem jetzigen Rechtszustand bereits gewährleistet.
Der augenblicklich beschrittene Weg der Ausgestaltung des einzelnen Verbotsgesetzes mit entsprechenden Verstoßsanktionen ist der Aufnahme einer Einziehungsklausel in das Bereicherungsrecht oder auch in den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches durchaus vorzuziehen.
Eine solche Vorschrift wäre dem Zivilrecht wesensfremd. Darüberhinaus steht zu befürchten, daß ihre

---

1) Gesetz Nr. 53 der Militärregierung i.d.F. vom 19.9.1949

wenn sie mit Rücksicht auf die schutzwürdigen Interessen des Leistenden selbst oder Dritter keinen Bestand haben kann. Im einen Fall fehlen bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Anwendung des § 817 S. 2, da ein Verstoß des Leistenden nicht vorliegt, im anderen Fall würde sie gerade die Rückforderung verhindern, die durch die Nichtanerkennung des dinglichen Verfügungsgeschäftes im Interesse der zu schützenden Dritten eröffnet werden sollte.
Für eine Anwendung des § 817 S. 2 ist also weder Raum noch Interesse.

ff) § 817 S. 2 ist auch nicht gegenüber Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung anwendbar, §§ 823 ff.
Seine Umgehung durch die Gewährung derartiger Ansprüche ist nicht zu befürchten.
Ein Mitverschulden des Leistenden = Geschädigten kann gemäß § 254 ausreichend berücksichtigt werden.

gg) Der grundsätzlichen Außerachtlassung des § 817 S. 2 bei Verstößen gegen Vorschriften der P r e i s - und W i r t s c h a f t s g e s e t z g e b u n g kann nicht zugestimmt werden. Der tiefere Grund für derartige Bemühungen anläßlich der Schwarzmarktgeschäfte der unmittelbaren Nachkriegszeit lag offensichtlich in der Ablehnung der damaligen Gesetzgebung als wirklichkeitsfremd.
Auch der Versuch Fabricius', gewisse Gruppen von Verbotsgesetzen von der Anwendung des § 817 S. 2 auszunehmen, ist nicht berechtigt.
Soweit ein Gesetz den S o z i a l s c h u t z des Leistenden verfolgt - die Feststellung kann im einzelnen zu Schwierigkeiten führen -, liegt ein Verstoß des Leistenden gegen das zu seinen Gunsten ergangene Gesetz nicht vor. Das gilt etwa für den Fall des Bewucherten, aber auch für die von Fabricius angezogenen arbeitsrechtlichen Bestimmungen.

Soweit der S c h u t z D r i t t e r , an der Vermögensverfügung nicht unmittelbar beteiligter Personen in Frage steht, bedarf es gleichfalls keiner Einschränkung des § 817 S. 2.
In diesen Fällen sind andere Möglichkeiten der Rückforderung gegeben, zum Teil sogar aus eigenem Recht - Eigentumsanspruch, Schadensersatzansprüche, Ansprüche nach erfolgter Konkurs- oder Einzelanfechtung. Die gesellschaftsrechtlichen Beispiele, auf die Fabricius sich beruft, überzeugen demgegenüber nicht.

hh) § 817 S. 2 ist auch bei Vorleistung einer Partei anzuwenden.
Die Begründung der gegenteiligen Ansicht aus dem römischen Recht durch Bufe ist nicht haltbar. Sie ist wegen der mit ihr verbundenen Ergebnisse - völlige Risikolosigkeit der Geschäfte, faktischer Erfüllungszwang - auch rechtspolitisch nicht erwünscht.

ii) Auch die Beschränkung des § 817 S. 2 auf Fälle schweren Sittenverstoßes kann nicht gebilligt werden.
Die Anknüpfung an das römische Recht vermag die These nicht zu stützen. Abgrenzungsschwierigkeiten würden zu einer bedenklichen Rechtsunsicherheit führen. Um Fälle "fahrlässigen Verstoßes" und "Notfälle" zu lösen, bedarf es dieser Einschränkung nicht. Der fahrlässige Verstoß reicht für die Anwendung des § 817 S. 2 nicht aus, hier wird K e n n t n i s des Leistenden vom Verstoß vorausgesetzt. In "Notfällen" liegt die Annahme näher, daß das Verhalten des Leistenden nicht als Verstoß zu werten ist.

kk) Die Problematik des Bordellgeschäfts ist nicht in erster Linie durch § 817 S. 2 hervorgerufen, sondern durch die Unsicherheit der Bewertung des Bordellkaufs unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit.

Angesichts der Differenzen der rechtlichen Behandlung des Lebenskreises des Bordelles in strafrechtlicher wie in öffentlichrechtlicher Sicht und seiner tatsächlichen Bedeutung erscheint es heuchlerisch, als Anzeichen einer doppelten Moral, von der Sittenwidrigkeit des Bordellkaufs auszugehen. Vorzuziehen ist als Lösung die G ü l t i g k e i t des Rechtsgeschäftes. Die Frage des § 817 S. 2 erledigt sich damit.
Das gilt in gleicher Weise für den Dirnenvertrag. Auch hier muß von einer bloß moralisierenden Wertung Abstand genommen werden. Zu denken ist an einen rechtsbeständigen Vertrag zwischen Dirne und Freier, aus dem die Dirne aber nicht zur Leistung verpflichtet wird.

11) Eine Einziehungsklausel zugunsten des Staates, die zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Gewinnziehung aus § 817 S. 2 insbesondere bei Vorleistung einer Partei vorgeschlagen wird, ist im Bereicherungsrecht fehl am Platz.
Das Zivilrecht regelt lediglich den Interessenausgleich zwischen Privatpersonen. Sanktionen wie die Einziehung, mit denen das Interesse des Staates an der Respektierung seiner Gesetze verfolgt wird, müssen im Rahmen dieser Gesetze angeordnet werden.

Durch eine Vielzahl entsprechender Eingriffsmöglichkeiten etwa im Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Ordnungswidrigkeitenrecht, Wettbewerbsrecht ist allerdings für die meisten der in Frage stehenden Fälle gewährleistet, daß der Empfänger einer Leistung, die er wegen § 817 S. 2 nicht an den Leistenden herauszugeben braucht, keinen ungerechtfertigten Gewinn zieht.

b) Mit der vorliegenden Darstellung sollte vor allem gezeigt werden, daß eine wortgetreue, am Bereicherungsrecht orientierte Auslegung des § 817 zu akzeptablen Ergebnissen führen kann.

Wenn Wucher-, Bordell- und Schwarzmarktgeschäfte als Hauptanwendungsfälle angesehen werden[1], so ist abschließend festzustellen, daß alle drei Fallgruppen nicht überzeugend für eine Abänderung oder gar Abschaffung des § 817 S. 2 sprechen. Vielmehr lassen sich gerade hier typische Fehler bei der Anwendung der Vorschrift nachweisen.

aa) Die Problematik des Wuchergeschäftes ist verknüpft mit der Frage der Anwendung des § 817 S. 2 bei turpitudo solius dantis. Erst die unrichtige Ausdehnung des § 817 S. 2 auch auf diesen Fall führte zu "der Billigkeit widersprechenden Ergebnissen"[2].

Der Versuch, diese Folgen durch den Kunstgriff der "Leistung nur zu vorübergehendem Zweck" zu vermeiden, richtete sich in Wahrheit nicht gegen die "verfehlte" Vorschrift des § 817 S. 2, sondern allein gegen deren verfehlte Ausdehnung.

bb) Die Ursache für die bei den Bordellfällen aufgetretenen Differenzen liegt überwiegend in der Schwierigkeit der Bewertung dieses Sachverhaltes unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit. Die Schwierigkeiten in der Anwendung des § 817 S. 2 als unvollständiger Norm rühren daher.
Wer alle Geschäfte im Zusammenhang mit einem Bordellbetrieb für sittenwidrig erklärt, wird vor einer uneingeschränkten Anwendung des § 817 S. 2 nicht zurückschrecken. Angesichts der Behandlung, die das Bordellgeschäft in der Lebenswirklichkeit erfährt, ist eine Erklärung der mit ihm zusammenhängenden Geschäfte als grundsätzlich sittenwidrig und die daraus resultierende Anwendung des § 817 S. 2 allerdings nicht länger zu vertreten.

cc) Ähnliches gilt für die Schwarzmarktgeschäfte.
Wer Verbotsgesetze der Preis- und Wirtschaftsgesetz-

---

1) Raiser, JZ 1951, 718
2) Heck, a.a.O., S. 5

gebung als wirklichkeitsfremd qualifiziert, den Verstoß gegen sie als "lebensnotwendig", kann sich mit einer Regelung wie § 817 S. 2 nicht einverstanden erklären.
Auch hier liegt der Ansatzpunkt für eine zufriedenstellende Lösung nicht in einer Abänderung dieser Vorschrift des BGB, sondern in der Vorfrage des Gesetzesverstoßes. Bezeichnend ist gerade in diesem Zusammenhang, daß bei einer Akzeptierung der Preisregelung als notwendig - im Rahmen der sogenannten typischen Schwarzmarktgeschäfte etwa - auch die umstrittene Vorschrift des § 817 S. 2 sich uneingeschränkter Zustimmung erfreut.

dd) Vermeidet man diese Fehler, nämlich einerseits die nach Wortlaut, Stellung im Gesetz, historischer Entwicklung, b e r e i c h e r u n g s r e c h t l i c h e r Grundlage nicht gerechtfertigte Ausdehnung des § 817 S.2 auf andersartige Ansprüche, vermeidet man andererseits die unzulässige Verlagerung von Problemen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten in die Leistungskondiktion, so bleibt eine Vorschrift, die zu vernünftigen Ergebnissen führt.
30-jähriges Rückforderungsrecht, faktischer Erfüllungszwang, völlige Risikolosigkeit verbotener Geschäfte, das sind einige der unerwünschten Konsequenzen, die der Wegfall des § 817 S. 2 mit sich bringen würde.
Verbotene wie sittenwidrige Rechtsgeschäfte entbehren jeglicher rechtlicher Wirksamkeit. Wie §§ 134, 138 die Durchsetzung von Erfüllungsansprüchen unterbinden, schneidet § 817 S. 2 bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche ab.
In diesem Sinne ist die Vorschrift, wenn man sie nur dem Wortlaut entsprechend auf das Bereicherungsrecht und die Fälle des beiderseitigen Verstoßes beschränkt, als "in weitem Umfange sachlich gerechtfertigt und notwendig" anzusehen[1].

1) Heck, a.a.O., 64

Lebenslauf

Am 9. April 1944 wurde ich als Sohn der Posthalterin Marie Rost in Korbach/Waldeck geboren.

1950 erfolgte meine Einschulung in die Volksschule in Wirmighausen/Waldeck. Anschließend besuchte ich von 1954 bis 1963 die Alte Landesschule in Korbach, an der ich im März 1963 die Reifeprüfung bestand.

Vom Sommersemester 1963 an studierte ich in Marburg und Göttingen Rechtswissenschaften. Am 16. Februar 1968 legte ich in Marburg die erste juristische Staatsprüfung ab.

Vom 1. April 1968 bis zum 31. August 1969 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität in Marburg/Lahn bei Herrn Prof. Dr. Dr. F. Schwarz tätig. Gleichzeitig studierte ich vom Sommersemester 1968 bis zum Sommersemester 1969 Wirtschaftswissenschaften.

Seit dem 1. September 1969 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.